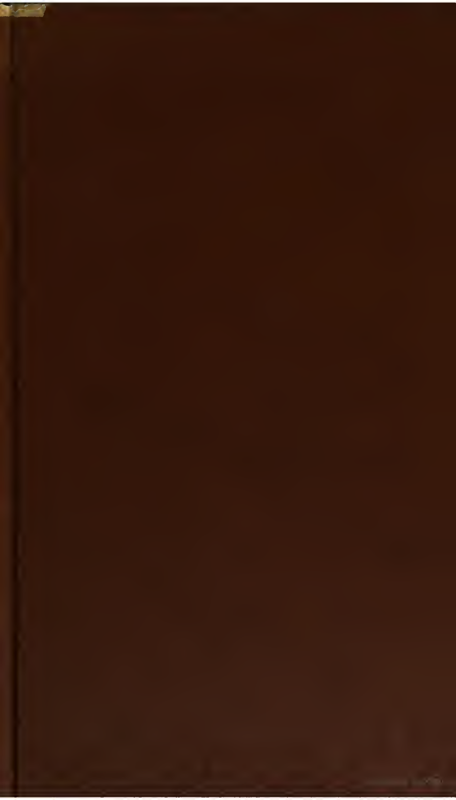




<36635303600011

Der Wendepunkt

des

deutschen Strafverfahrens

im neunzehnten Jahrhundert,

kritisch und geschichtlich beleuchtet, nebst ausführlicher Darstellung der Entstehung des Geschwornengerichts.

Von

C. Reinhold Köstlin,

Dr. und Professor der Rechte.

Tübingen, 1849.

Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

(Laupp & Siebeck.)

Schnellpressendruck von H. Laupp in Tübingen.

Vorwort.

Die Zeitgemäßheit der nachstehenden Ausführung bedarf keiner Bevorwortung, dagegen ihr Inhalt einer Erklärung.

Von einer Arbeit, die sich auf den gegenwärtigen Wendepunkt in der Entwicklung des deutschen Strafverfahrens bezieht, möchte vielleicht Mancher in märzerrungenschaftlich-zutäppischer Hast vornämlich nur sogenannte praktische Rathschläge, wie sie jetzt gleich Pilzen aus dem Boden schießen, erwarten, — allerlei brauchbare Notizen für bedrängte Gesetzmacher, denen mit dem kürzest gefaßten Rezept am besten gedient wäre, oder für redelustige Volksvertreter, die sich an irgend einem schönen Morgen über das Wesen der Jury, das Verhältniß eines auf Jury gebauten Prozesses zum deutschen Strafverfahren und andere solche Fragen, deren Beantwortung die rechtsbildende Arbeit von Jahrhunderten in sich schließt, auf einmal und ganz aufklären lassen möchten.

Schon die große Konkurrenz der Spekulanten auf derlei Bedürfnisse, und die große Leichtigkeit, womit sie beschafft werden, — da es, was die Spekulanten klüglich verschweigen, schon vor dem März mehrere brauchbare Arbeiten dieser Art gab, — hat mich abhalten müssen, auf diesem Wege Eulen nach Athen zu tragen. Außerdem aber das Bewußtsein, die durch vielfache Beschäftigung mit der Sache gewonnene Einsicht, daß in einer (mit wenigen hoher Anerkennung werthen Ausnahmen) ganz verwahrlosten oder verpfuschten Frage nur solche Arbeiten auf wahrhaft praktischen Werth Anspruch machen können, welche eine Grundlage für die gesammte Frage philosophisch und geschichtlich sicher zu stellen sich zur Aufgabe machen. Denn Jedem, der jetzt nicht dünkelhaft an die schwere Arbeit der Gesetzgebung oder der Kritik derselben geht,

Jedem, den das Gewissen treibt, ernstliche Vorstudien dafür zu machen, muß es nur zu bald einleuchten, daß unsere Wissenschaft sowohl über das, was wir haben, als über das, was wir haben wollen, großentheils sehr im Argen liegt. Jenes ist von den offiziellen Schildknappen kritiklos systematisirt oder gar künstlich schöngefärbt, andrerseits von juristischen und nichtjuristischen Tadlern noch viel kritikloser in's Schwarze gemalt und meist ganz in donquirotischer Manier angegriffen; — dieses selten aus Anschauung gekannt und leider von der Mehrzahl derer, die es da und dort angesehen haben, oberflächlich und mit vorschnellem Dünkel geschildert, als könnte die kurzathmige Touristenweisheit das langathmige Studium der Natur der Sache und ihrer Geschichte ersetzen.

Mit solcher Alltagswaare kann gerade dem rechten Praktiker nicht gedient sein. Was soll er mit solchen auf Sand gebauten Lotterfallen? Das Erste, was jetzt Noth thut, ist eine besonnene Kritik des gegenwärtig bestehenden Rechts, eine schonungslose Aufdeckung seiner Mängel, aber auch nur seiner wirklichen Mängel; und zwar eine prinzipielle, auf Philosophie und Geschichte wurzelnde Kritik, kein bloßes belferndes Hin- und Herfahren, wie es mehrere Juristen von Profession zum Nachtheil für den Kredit der Wissenschaft im Gebrauch haben. Eine solche prinzipielle Kritik muß sich auf eine organische Darlegung der Grundbestimmungen des Strafverfahrens stützen, und sie muß sich durch die Geschichte zu rechtfertigen wissen, — freilich nicht bloß durch ein mehr oder weniger dürftiges Aggregat beliebig aufgereihter historischer Notizen, sondern durch eine geschichtliche Entwicklung der Idee, die freilich in unsrer Frage das ganze reiche Gebiet germanischer Rechtsbildung in sich faßt. Von einer Arbeit nach diesen Grundsätzen liegt im Folgenden ein Versuch vor, den der Kenner, wenn er aufrichtig ist, mit Nachsicht beurtheilen wird.

In Beziehung auf die Genesis der Jury schienen mir die meisten neueren Bearbeiter der Frage zu viel auf die Resultate Biener's zu vertrauen, und die, welche davon abgehen, auf nicht minder äußerliche Weise das skandinavische Recht auszubeuten, während nur Gundermann den schwierigeren, aber gewinnreicheren Weg in das Innere des Hergangs der englischen Rechtsentwicklung einschlug. Indessen konnte ich auch seine Ausführung

nicht völlig befriedigend finden, da er mir der Analogie des deutschen Bildungsprozesses zu viel nachgegeben zu haben schien, wenn auch freilich nicht mit so großer Einseitigkeit, wie v. Daniels. Es lag mir vornämlich an, die Entstehung der Jury aus dem innersten Kerne des germanischen Beweisrechts einerseits und aus der Gesammtheit der mitwirkenden Momente der englischen Rechts- und Staatsgeschichte andrerseits nachzuweisen, und dadurch besonders die falsche Meinung zu widerlegen, als ob der rechtliche und politische Charakter des Instituts grundverschiedene Dinge wären, während vielmehr beides im innigsten Zusammenhange steht.

Dies war jedoch nur durch eine in die Hauptmomente eingehende Vergleichung der englischen mit der deutschen und französischen Rechtsentwicklung im Mittelalter möglich. In diesem Punkte konnten aber die äußerlichen Zusammenstellungen des Materials bei Biener und Mittermaier kaum als Vorarbeiten gelten, da das Bestreben vielmehr hauptsächlich darauf gehen mußte, die innern Unterschiede im Bildungsgang der verschiedenen germanischen Völker herauszustellen. Ich verkenne mit Stein nicht, daß die vergleichende Rechtswissenschaft noch innerhalb der ersten Stufe der Entwicklung steht; gleichwohl glaubte ich in einer bestimmt abgegrenzten Sphäre einen Versuch in diesem Gebiete machen zu dürfen, der mir unerläßlich schien, wenn es zu einem wahren Verständniß der Eigenartigkeit des englischen Rechts und seines gleichwohl allgemein germanischen Wesens, wenn es namentlich zu der Erkenntniß kommen sollte, daß gerade in dieser Sphäre das englische Recht das spezifische Organ der allgemein germanischen Weiterbildung des Rechts und eben dadurch das Muster und Vorbild für Deutschland und Frankreich geworden ist. Auch gestehe ich gern, daß nach der Schilderung der traurigen Verkümmerung, zu welcher das deutsche Recht in den letzten Jahrhunderten herabgesunken ist, gerade in der Betrachtung jenes frischpulsirenden Lebens des germanischen Rechtsgeistes, wie es die englische Rechtsgeschichte im Mittelalter als ein zugleich Individuelles und Vorbildliches, bei den Brudervölkern nach Jahrhunderten in höherer Potenz zu Wiederholendes darbietet, der Hauptreiz meiner Arbeit für mich lag.

Wenn ich in der ersten Hälfte der vorliegenden Schrift frühere, in Zeitschriften (namentlich in der deutschen Vierteljahrsschrift,

sowie in mehreren Jahrgängen der konstitutionellen Jahrbücher und der Jahrbücher der Gegenwart) zerstreute Arbeiten von mir nicht bloß wieder benützt, sondern theilweise wörtlich wieder eingeflochten habe, so hatte ich dazu mehrere Gründe. Vor Allem wollte ich den im Plane dieser Schrift nothwendigen Gedankengang nicht durch Verweisungen lückenhaft machen, und zugleich schien es mir lächerlich, das, was hier zu sagen war, bloß deswegen, weil ich es zum Theil schon anderswo gesagt habe, in andere Worte zu übersetzen. Ich muß aber auch annehmen, daß es den meisten Lesern neu sein werde, da jene früheren Arbeiten wenig bekannt worden zu sein scheinen. Wenigstens darf ich dies aus der beharrlichen Ignorirung derselben bei mehreren neueren Bearbeitern der betreffenden Fragen schließen. Indessen brauche ich kaum zu sagen, daß ich für dieses Schweigen der Uebrigen mich durch die ehrenvolle Anerkennung, die sie gerade bei dem ältesten Bearbeiter dieser Fragen, dem würdigen Vorgänger aller Andern, Biener, sowie bei dem Jüngsten, der durch seine geistvolle Behandlung der Sache sich den Besten angereiht hat, Gundermann, gefunden haben, für hinlänglich entschädigt halte. Endlich aber hielt ich es nicht für unpassend, durch eine solche Benützung früherer Arbeiten den unmittelbarsten Beweis dafür zu liefern, daß ich schon seit vielen Jahren unablässig Ansichten ausgesprochen und Forderungen aufgestellt habe, welche seit dem März v. J. Vielen so ungemein mundgerecht geworden sind, die sie früher nicht beachteten oder bekämpften.

Inhaltsübersicht.



Einleitung.

In Deutschland hat sich mehr, als irgendwo anders, ein noch heute nicht überwundener Zwiespalt zwischen Theorie und Praxis gebildet, dessen verderbliche Folgen schon bisher mehr und mehr eingesehen worden sind, jetzt aber offen zu Tage liegen. In keinem Gebiete hat sich dieser Zwiespalt so traurig geltend gemacht, wie in dem des Rechts und Staats. [1]

Die deutsche Rechtswissenschaft hat sich dem Volksleben entfremdet, und bis auf die neueste Zeit haben die von Einzelnen gemachten Versuche, diese Entfremdung zu beseitigen, von Seiten des Juristenstandes hartnäckigen Widerspruch zu erfahren gehabt. Die Schuld darf aber nicht dem Stande allein aufgebürdet werden! Sie liegt in der gesammten Entwicklung des deutschen Rechts und Staats begründet. Wie einst mit dem Untergang des römischen Freistaats das römische Recht aufhörte, Volksrecht zu sein, und sich forthin nur noch als Juristenrecht unter der Vormundschaft der unumschränkten Monarchie fortbilden konnte, so ist auch in Deutschland im 15. Jahrhundert das Recht allmälig aus den Händen des Volks in die Hände der Gelehrten gekommen, und die Entfremdung mußte hier um so größer werden, da sich in Deutschland die Herrschaft des Juristenstandes auf die Aufnahme eines fremden Rechts stützte, welches in vielen Gebieten die volksthümliche Ueberlieferung ganz verdrängte, in andern wenigstens dem Durchdringen des volksthümlichen Rechtsgeistes einen zähen Widerstand entgegensetzte. Die Deutschland eigenthümliche Zersetzung des Feudalstaats in eine Vielheit von Staaten, die unter einem täglich ohnmächtiger werdenden Oberhaupte in einer immer mehr sich auflockernden Konföderation verknüpft waren, bewirkte, daß vom 16. Jahrhundert an die gemeinsame Gesetzgebung, die ohnedies immermehr den

[1] S. meinen Artikel hierüber in den Monatsbl. zur Augsb. Allg. Zeitung 1846. Mai.

Charakter wahrer Gesetzgebung gegen den bloßer Vereinbarungen vertauschte, immer spärlicher floß, und seit der staatsrechtlich befestigten Glaubenstrennung vollends ganz versiegte. Damit kam in die Entwicklung des deutschen Rechts das zweite große Uebel der Zersplitterung in Provinzial- und Lokalrecht, welche Zersplitterung seit einem Jahrhundert immer mehr durch besondere Gesetzgebungen befestigt wurde. Man mußte noch froh sein, daß gerade diesem Uebel bis gegen die Mitte des vorigen Jahrhunderts die kastenmäßige Abschließung und unvolksthümliche Machtentwicklung des Juristenstandes einigermaßen Einhalt that, sofern sie wenigstens Gemeinsamkeit der Rechtsentwicklung begünstigte und, da die Rechtspflege großentheils in der Hand der Juristenfakultäten war, das Auseinanderfallen von Theorie und Praxis verhinderte. Allein der Vortheil mußte mit großen Nachtheilen erkauft werden, vor Allem damit, daß gerade in jener Periode die Theorie sich dem Volksleben vollständig entfremdete, und daß der Juristenstand der Schildträger der fürstlichen Despotie wurde, die ihn eben deshalb hätschelte und immer mächtiger werden ließ. Endlich aber konnte die Zersplitterung doch nicht aufgehalten werden, und es wurde der Wissenschaft mit jedem Tage schwerer, den Begriff eines gemeinen deutschen Rechtes festzuhalten, der mehr in den Büchern, als im Leben zu finden war. Kein Wunder, wenn diejenige Wissenschaft, welche mehr, als irgend eine andere, auf die Theilnahme aller Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft Anspruch zu machen geeignet ist, vielmehr alle Sympathieen im Volke verlor und allmälig als Monopol innerhalb der Kaste verknöcherte.

Erst der Blitz der Philosophie, der im Wendepunkt des Jahrhunderts auch in die Jurisprudenz einschlug, fieng an hier die Luft zu reinigen, freilich vorerst nur für den Gesichtskreis der tiefer Denkenden und ohne unmittelbaren Gewinn für den nationalen Rechtsgeist. Immerhin war es ein großer Vortheil, daß man mit den Waffen der kritischen Philosophie wenigstens dem blinden Autoritätsglauben, der gedankenlosen Leibeigenschaft unter der Herrschaft des Bestehenden zu Leibe gieng und nach der vernünftigen Berechtigung des Positiven fragte. Man darf nicht vergessen, daß es Anhänger jener Philosophie waren, welche zuerst die Forderung einer allgemeinen deutschen Gesetzgebung aufstellten. Gerade bei diesem Punkte aber wurde die philosophische Richtung von der reaktionären geschichtlichen Schule angegriffen, welche bekanntlich gleich damit begann, daß sie der Zeit den Beruf zur Gesetzgebung absprach, und deren

Grundgedanke eben der war, das Recht lediglich zu einem Naturerzeugniß zu machen und von der Entwicklung desselben die Freiheit bestmöglichst auszuschließen. Die Folge der vielhundertjährigen kastenmäßigen Monopolisirung des Rechts war es, daß der Streit der beiden Schulen langehin für einen bloßen Schulstreit angesehen und insbesondere die philosophische in ihrer prophetischen Bedeutung keineswegs erkannt wurde. Sie ließ sich das nicht anfechten und gieng ruhig ihres Weges fort, auf dem sie gewiß sein konnte, früher oder später mit dem ganzen Volke zusammenzutreffen. Die Mehrzahl der zünftigen Juristen stellte sich unter die Fahne der geschichtlichen Schule; sie waren insofern zu entschuldigen, als es nur unter diesem Panier einigermaßen möglich war, sich des trostlosen Bewußtseins von der Unhaltbarkeit des bestehenden Zustandes zu erwehren.

Es sollte jedoch die Zeit kommen, wo die geschichtliche Schule aufhörte, bloß Schule zu sein, vielmehr ihren reaktionären Geist in der Leitung der deutschen Staatsverhältnisse nur gar zu fühlbar machte. Es war dies die dem Volksgeist nicht mehr bloß entfremdete, sondern geradezu feindselig gegen ihn auftretende, ihn verhöhnende und unterdrückende Rechts- und Staatsweisheit. Und eben diese falsche Weisheit ist es, welche in dem letzten großartigen Umschwunge ihr Gericht erfahren hat. Wenn gleich aber hiemit im öffentlichen Bewußtsein das Prinzip durchgedrungen ist, daß das Recht wieder als Volkssache zu behandeln, und daher vor Allem der unselige Widerspruch zwischen Theorie und Leben aufzuheben sei, so liegt es doch in der Natur der Sache, daß der Juristenstand nicht plötzlich und allgemein aus dem Kreise seines herkömmlichen Kastenbewußtseins heraustreten wird, und es wird manche der Fragen, die neuestens von der allgemeinen Volksstimme entschieden wurden, von den Rechtsgelehrten noch keineswegs als erledigt betrachtet. Doch sind es zwei Richtungen in unserer Rechtswissenschaft, von welchen aus hoffentlich auch sie eine Verjüngung erfahren wird, die philosophische und die, freilich von der geschichtlichen Schule ausgegangene, aber der Philosophie nie schroff gegenüber getretene, germanistische.

Auch in der Frage über die nothwendige Reformation des Strafverfahrens hat die Wissenschaft bei uns nicht, wie sich gehört hätte, die Initiative ergriffen, vielmehr, wenige Ausnahmen abgerechnet, sich die längste Zeit hindurch die Vertheidigung des Hergebrachten angelegen sein lassen, und, da sie sich hierin nach und nach sogar von der, gewiß sehr

vorsichtigen und ängstlichen, deutschen Gesetzgebung überholt und im Stiche gelassen sah, ihre Mühe an eine Reihe von Transaktionsversuchen verschwendet, die sämmtlich an dem Fehler einer unfruchtbaren Halbheit litten. Das Erste, womit sie dabei immer um sich warf, war die vornehme Behauptung, daß sie die Sache allein verstehe und daß außerhalb der Kaste keine Befugniß bestehe, auch ein Wort mit drein zu reden. Mit einer gesuchten Verächtlichkeit wurde auf alle Erklärungen in der Sache herabgesehen, die nicht aus jenem privilegirten Kreise, insonderheit dem der eigentlichen Theoretiker, hervorgiengen. Und doch mußte man leider diesen hochmüthigen Orakeln den Beweis entgegensetzen, daß es mit jenem Monopole des Verständnisses denn doch so weit nicht her sei, daß namentlich die Philosophie die Forderungen der Mündlichkeit, der Oeffentlichkeit, des Geschwornengerichts bereits zu einer Zeit ausgesprochen und begründet habe, wo die Rechtsgelehrten vom Fach davor noch, als vor einer gefährlichen Neuerung, warnten.

Lange Zeit hindurch erschien der einzige Feuerbach als derjenige, welcher das stellvertretende Verdienst für alle Uebrigen übernommen hatte. Sein Votum aber konnte, bei allem dafür aufgewandten Geiste, aus verschiedenen Gründen nicht als entscheidend gelten. Er schrieb zu einer Zeit, wo in Deutschland allgemein eine Voreingenommenheit gegen französische Einrichtungen verbreitet war, überdies zu einer Zeit, wo gerade das französische Geschworenengericht (und von diesem handelte es sich hauptsächlich) als eine durch die Politik des Kaiserthums und der Restauration verfälschte und herabgekommene Einrichtung keiner lebhaften Sympathie werth erschien. Sein Scharfsinn erschöpfte sich daher vorzugsweise in der Aufdeckung der unläugbaren Mängel des damaligen französischen Rechts. Dazu kam aber, daß der konstitutionelle Geist, den das Geschworenengericht zur Voraussetzung hat, damals in Deutschland noch seine ersten Experimente machte, weshalb selbst ein so heller Geist, wie Feuerbach, allerdings jenen Kausalzusammenhang übersehen konnte. Ueberdies fehlte es zu einer ausreichenden Erörterung an einer wesentlichen Voraussetzung, nämlich an einer hinlänglichen Kenntniß der Geschichte des deutschen Strafverfahrens, insbesondere seines Verhältnisses zu dem der alten Welt, wie zu dem der andern germanischen Völker. Trotz aller dieser Hindernisse hatte aber Feuerbach doch nicht umhin gekonnt, das bestehende Recht als ein vielfach mangelhaftes zu erkennen und wenigstens in einigen Hauptpunkten dem Rufe nach Reform beizustimmen.

Späterhin gieng er sogar in dieser Richtung viel weiter, und, wenn er nicht unumwunden sich für eine radikale Reform aussprach, so lag wohl der Grund in dem sehr richtigen Bewußtsein, daß eine solche radikale Reform, um Wahrheit zu werden, die volle Aufrichtigkeit des konstitutionellen Systems voraussetze, waran zu zweifeln es an Gründen nicht gebrach.

Das Votum Feuerbachs gegen das Geschworenengericht wurde indessen zum Losungswort, womit man sich dafür tröstete, daß er in andern Beziehungen dem bestehenden System hart genug zu Leibe gegangen war. Die Ruhe, zu welcher man gegen **1830** hin allgemein wieder einnickte, brachte es mit sich, daß auch die Debatte über das Strafverfahren, wenn nicht einschlief, so doch innerhalb der von Feuerbach gezogenen Grenzen blieb und wenigstens die Gemüther nicht mehr erhitzte. Man hätte erwarten können, daß die Wissenschaft diese Zeit des Waffenstillstandes benutzen würde, um sich für eine nicht außer dem Bereiche der Möglichkeit liegende Erneuerung des Kampfes vorzusehen. An Aufforderung dazu hatte es nicht gefehlt. Denn allerdings hatte sich zudringliche Ignoranz mit besonders lautem Geschrei der Sache bemächtigt. In Flugschriften und in der Tagespresse wurde eine große Anzahl von geschichtlichen und andern Irrthümern in Umlauf gesetzt, welche gründlich und umfassend zu widerlegen gar sehr am Platz gewesen wäre. Es ist wirklich fast unerträglich, wie viel in dieser Weise gefaselt worden ist, ohne daß man sich auch nur die Mühe nahm, mehr als die oberflächlichsten geschichtlichen Notizen zur Grundlage zu nehmen. Hat man doch bis in die neueste Zeit Einrichtungen des Alterthums und der Neuzeit, ohne alles Bewußtsein über die wesentliche Verschiedenheit der zu Grunde liegenden Weltanschauungen, gedankenlos zusammengeworfen! Begegnet man doch noch oft einer Kenntniß der Geschichte des deutschen Prozesses, die dürftig genug ist, um nichts weiter zu wissen, als daß ehemals Anklageprozeß in Deutschland stattgefunden und daß dieser an den Krücken mancher eigenthümlichen Einrichtungen allmälig sich in den Untersuchungsprozeß verwandelt habe! Leider prostituirten sich mit solcher Unwissenheit gerade solche Schriftsteller, welche den Liberalismus gepachtet zu haben sich das Ansehen gaben.[1] Die Entgegnung auf solche Angriffe machte zum Theil leichte Mühe, eben wegen des unbegreiflichen Leichtsinns und der Frivolität auf der Seite der Angreifer.

[1] S. meinen Art. in den Jahrbüchern der Gegenwart. 1843. Nr. 73—81.

Vom juristischen Lager aus hatte man nun laut genug auf das bessere Wissen der Doktrin gepocht und auf die Enthüllung ihrer das bestehende System rechtfertigenden Weisheit freigebig Promessen ausgetheilt. Allein die dadurch herbeigeführten Erörterungen lieferten das sonderbare Ergebniß, daß auch die Gegner der Reform nicht mit dem besten Recht mit wissenschaftlichem Verständniß und umfassenden geschichtlichen Kenntnissen sich brüsteten. Denn es zeigte sich zwar, daß man auf ihrer Seite mit dem geltenden Rechte genau bekannt, auch wohl mit der pragmatischen Geschichte desselben vertraut war. Allein gerade das Bedürfniß, sich über die Reformfrage auf wissenschaftlichem Wege gründlich aufzuklären, führte unfehlbar zu der leidigen Entdeckung, daß mit dogmatischen Systemen die eben nur auf die Voraussetzungen des gegenwärtig geltenden Rechts gebaut sind, sowie mit einer bloß bruchstückweisen und pragmatischen Kenntniß der Geschichte desselben nur wenig gedient sei. Es wurde gerade seit der Verhandlung dieser Streitsache immer offenbarer, wie nachtheilig die seit Jahrhunderten infolge des politischen Elends unseres Volks beförderte Monopolisirung der Rechtskenntniß bei der Juristenkaste geworden war. Eben diese Kaste war es nämlich, der man die einseitige Ausbildung des mit der öffentlichen Meinung zerfallenen Verfahrens zu verdanken hatte; und insofern konnte man es freilich natürlich finden, wenn sie Alles aufbot, um diese traurige Schöpfung zu vertheidigen. Es kam dazu die in der deutschen Rechtswissenschaft eingerissene einseitig geschichtliche Betrachtungsweise, welche sehr bald bei den meisten ihrer Anhänger das ihr zu Grunde liegende philosophische Ferment preisgab und sich vielmehr geradezu in einer Entgegensetzung gegen alles philosophische Denken, in einer blinden und nebenbei überaus bequemen Anerkennung des Gewordenen, eben weil es einmal geworden ist, gefiel. Je weniger man nun aber von jener Seite an eine philosophische Analyse der Frage Ansprüche machte und Ansprüche zu machen Grund hatte, um so mehr hätte man erwarten sollen, daß die im Flore befindliche geschichtliche Richtung sich insbesondere auch des Strafverfahrens annehmen und sich bemühen werde, die vielen, darüber in Umlauf befindlichen, verkehrten Meinungen zu berichtigen. Bekanntlich wurde nun aber diese Erwartung nicht befriedigt, da außer Bieners schätzenswerthen Beiträgen zur Geschichte des Inquisitionsprozesses kaum etwas von Bedeutung erschien. Nicht, daß man nicht geglaubt hätte, mit der Geschichte des deutschen Strafverfahrens, besonders mit den Umständen, welche seine

Versetzung mit dem Systeme des kanonischen Rechts herbeiführten, hinlänglich vertraut zu sein. Man wußte wohl, daß in alten Zeiten Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, Volksgerichte und nachher Schöffengerichte bestanden hatten. Allein einem gewandten Juristen konnte es nicht allzuschwer werden, aus der niedrigen Bildungsstufe der Zeit, während welcher jene Einrichtungen in Deutschland bestanden, die Folgerung der Unreife der Einrichtungen selbst zu begründen und noch überdies aus der Geschichte das unläugbare Herabkommen der Schöffengerichtsverfassung, die Nothwendigkeit ihrer Vertauschung mit gelehrten, heimlich und schriftlich verfahrenden Gerichten nachzuweisen. Ein solcher Beweis konnte denn auch sehr gelehrt ausfallen; aber alle praktische Spitze mußte er sogleich verlieren, wenn man die Augen aufthat und die verrufenen Einrichtungen eben von den gebildetsten Nationen theils als ein alterworbenes Palladium hegen und pflegen, theils im Sturm erobern sah. Indessen war auch hier noch ein Ausweg möglich, man steifte sich auf die besondere deutsche Nationalität und behauptete, daß diese andere Interessen und Bedürfnisse habe, als die englische, französische 2c. Die vergleichende Rechtswissenschaft stand zudem damals in einem nicht unverschuldeten übeln Rufe, daher man denn selbst auf Werke, wie das bekannte von Meyer, mit einer gewissen Geringschätzung herabsah, wobei man freilich über der nicht abzuläugnenden Ungründlichkeit der Forschungen im Einzelnen den geistreichen Wurf im Ganzen und die glücklichen Ansätze zu einer universalgeschichtlichen Betrachtung, gegen die man selbst verstockt war, übersah. Solcher Verstockung mußte denn auch das Wort von Montesquieu, der die Jury für eine wesentlich germanische Erfindung erklärte, gleich so manchen andern tiefen Aussprüchen dieses hellen Geistes ein Räthsel bleiben. Woran es eben am meisten fehlte, das war ein gründlicheres Studium der Prinzipien des germanischen Strafverfahrens und seiner Weiterbildung in Frankreich und England, da ohne dies die Geschichte des deutschen Prozesses nur halb verstanden werden kann. Biener hatte hier ganz richtig den Weg gezeigt; aber er hatte mehr nur Materialien gegeben und seine Auffassung hielt sich vorwiegend äußerlich. Andere begnügten sich damit, ihm einfach zu folgen.

Doppelt verderblich wurde aber diese Unthätigkeit der Doktrin seit dem Jahre 1830, das, wie in andere Gebiete, so auch in dieses, einen neuen Feuerbrand warf und in einem fast zur gelehrten Kuriosität gewordenen Streite mit einem Male die Leidenschaften wieder entfesselte.

Gleichwohl sah man auch jetzt die erneuerte Debatte sich nicht zu der Höhe erheben, welche der ächten Wissenschaftlichkeit zukommt. Von einer Geschichte des deutschen Prozesses, vollends von einer Geschichte des gesammten germanischen Strafverfahrens wurde noch immer nicht die Rede. Wenn man auch zugeben kann, daß einzelne Juristen einzelne Fragen gründlicher zu behandeln anfiengen, daß namentlich die rheinländischen Rechtsgelehrten [1] seit dem berühmten Gutachten der preußischen Immediatkommission es sich zum Ehrenpunkte machten, die Vorurtheile gegen die von ihnen werthgehaltenen Einrichtungen zu widerlegen, so geschah doch sehr wenig, um der Verwirrung im Ganzen zu steuern und das Publikum über den gesammten Inbegriff des Streites aufzuklären. Die Grundbegriffe des Strafverfahrens wurden keineswegs gehörig festgestellt. Unsere Lehrbücher haben schon gar nicht das philosophische Interesse, wenn sie nicht gar die Philosophie zur bloßen Rechtfertigung oder Beschönigung des Gegebenen mißbrauchen. Aber auch in den vielen Arbeiten, welche das Reformbedürfniß hervorgerufen hat, sucht man, wenige neuere ausgenommen, vergebens das Bewußtsein von der unumgänglichen Nothwendigkeit einer, zunächst von allem positiv Gegebenen absehenden, prinzipiellen Grundlegung. Die einen schwadroniren in's Blaue hinein mit allgemeinen politischen Raisonnements, deren Blöße sie mit meist verkehrtem geschichtlichem und statistischem Halbwissen zu verdecken suchen. Die Leute vom Fache dagegen leiden gewöhnlich an der hergebrachten Scheu vor dem Umgange mit der Idee, und bringen daher in ihre Ausführungen und Vorschläge in der Regel eine Reihe von rein positiven Voraussetzungen, deren Werth und Berechtigung gerade noch erst zu untersuchen wäre. So wenig man nun der Meinung sein kann, die Kenntniß des positiv Gegebenen irgendwie für entbehrlich zu halten, ebensowenig läßt sich doch auch andererseits einsehen, wie unter dem Gewirre der so verschiedenartig gestalteten modernen strafprozessualischen Einrichtungen hindurch der Blick anders eine sichere Richtung erhalten soll, als dadurch, daß er sich vorerst das Wesen der Sache selbst klar macht. Was wir derzeit unseren gemeinrechtlichen Prozeß nennen, ist nicht nur eine buntscheckige Mischung aus einigen Resten gesetzlicher Bestimmung mit einem Uebermaß schwankender Kontroversen, sondern es ist überdies seit mehr, als einem halben Jahrhundert offenbar in Auflösung begriffen.

[1] Molitor, Hilgard, Leue u. A.

Andererseits ist gerade das Recht des klassischen Landes der Jury ein keineswegs aus einem Prinzipe systematisch herausgebildetes, sondern vielfach durch geschichtliche Besonderheiten bedingtes. Nach allen Seiten hat man daher Ursache, vor Verwechslung des geschichtlich Gegebenen mit dem aus der Natur der Sache Folgenden auf der Hut zu sein.

Ein Blick auf die nicht arme Literatur über die Frage seit den letzten Jahren zeigt, daß der angedeutete Weg nur sehr selten betreten wird. Ohne Zweifel trägt aber dieser Mangel an einer strengwissenschaftlichen Grundlage hauptsächlich mit die Schuld daran, daß man allmälig dazu kommen konnte, einzelne Bruchstücke der englisch-französischen Einrichtungen herauszuklauben und in Deutschland zur Annahme zu empfehlen. Man sollte zwar denken, daß man das, was man sich durch strenges Denken über die Natur der Sache nicht klar machen wollte, um so mehr durch unbefangene Betrachtung der Geschichte gelernt haben müßte. Aber es wiederholt sich hier die Erfahrung, daß ein geschichtliches Studium ohne philosophische Grundlage nur zu sehr in Gefahr kommt, Nebendinge für Hauptsachen, bloße Folgen für Ursachen zu nehmen und über einem Wust von Zufälligkeiten die Knotenpunkte der Entwicklung, wovon Alles abhängt, ganz zu übersehen. Zwar sind manche einzelne wichtige Punkte von scharfblickenden Männern treffend in's Licht gesetzt worden, so z. B. die Grundlosigkeit der herrschenden Beweistheorie in dem Schriftchen von Hagen und v. Buttel,[1] die Verkehrtheit der Rollenhäufung im Amte des deutschen Richters, der widersinnigen Vermischung wesentlich verschiedener Stadien des Verfahrens, der Erschwerung der Vertheidigung, der Zumuthung psychologischer Beurtheilung an Richter, die weder den Angeschuldigten, noch die Zeugen zu sehen bekommen, von Biener,[2] die Nothwendigkeit des inquisitorischen Prinzips im modernen Staate von Puchta,[3] die organische Nothwendigkeit der Jury von Rintel,[4] eine

[1] Der Richter als Geschworner? oder Geschwornengerichte mit Mündlichkeit, Oeffentlichkeit und Anklage? Oldenburg 1843.

[2] Ueber die neueren Vorschläge zur Verbesserung des Kriminalverfahrens in Deutschland. 1844. Vgl. meine Recension in der N. Jen. Lit.-Ztg von 1846. Nr. 81—86. 106—111.

[3] Der Inquisitionsprozeß mit Rücksicht auf eine zeitgemäße Reform des deutschen Strafverfahrens überhaupt und besonders auf die Oeffentlichkeitsfrage betrachtet. Erlangen 1844. Vgl. meine angef. Rec. in der N. Jen. Lit.-Ztg.

[4] Von der Jury. Münster 1844.

Reihe solcher Punkte in der wichtigen Abhandlung von Molitor[1] u. s. f. Aber einerseits ist zu bedauern, daß bei den genannten Schriftstellern theilweise Elemente mitspielen, welche die völlige Durchführung ihrer richtigen Gedanken beeinträchtigen, hier Mangel an philosophischer Schärfe, dort kränklicher Eigensinn des Alters oder Angewöhnung an die äußerliche Methode der historischen Schule, dort eine mystische Philosophie, welche dem ultramontanen Katholizismus zu lieb an den Dingen künstelt, — andrerseits fehlt es noch immer an einer ausgeführten Darstellung des gesammten Organismus des Strafverfahrens von innen heraus.

Was die meisten der diesseits des Rheins erschienenen Arbeiten charakterisirt, das ist eben die vorhin erwähnte prinzipielle Halbheit, die Sucht, konservativ und liberal zugleich zu sein, die Meinung, es lasse sich ein altes Kleid mit neuen Lappen flicken. Dahin gehören die Ausführungen von Temme,[2] von Falck und Klaussen,[3] v. Schirach,[4] Brinkmann,[5] v. Wächter,[6] und so manche andere Abhandlung, die durch die gesetzgeberischen Versuche der letzten Jahre hervorgerufen wurde. Mit wenigen Ausnahmen standen bis auf unsere Tage fast alle Juristen von Ruf auf dieser Seite. Dabei waren freilich die Einzelnen unter einander zum Theil sehr verschiedener Ansicht. Greifen wir zwei der namhaftesten Rechtsgelehrten heraus, so dringt Abegg[7] stets mit großem Eifer darauf, daß es nicht so sehr auf eine Reform der Einrichtungen, als darauf ankomme, die jeweilig bestehenden in sittlichem Geiste zu handhaben; er redet zwar (während er die Jury verdammt) der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit das Wort, hält aber dem Leser immer zugleich mit Wohlgefallen ein idealisches Bild des bestehenden Rechtes vor Augen, welches die Einführung aller solchen Neuerungen überflüssig machen würde: in der Ueberzeugung, daß alle Gesetzgebungen über Strafprozeß von jeher denn doch nur die Verwirklichung der Idee der Gerechtigkeit vor Augen

[1] In v. Jagemann's und Nöllner's Ztschr. für Strafverfahren. III. Nr. 1.
[2] In Mannkopf's Jahrbüchern.
[3] In den neuen Kieler Bl. und dem Kieler Korresp.-Blatt. 1843.
[4] Ueber die von den Holst. Ständen beantragte Reform des Strafverfahrens. Kiel 1843.
[5] Ueber Schwurgerichte in Strafsachen. 1843.
[6] Abhandlungen zur deutschen Geschichte. Nr. 3. Vgl. meine angef. Rec. in der N. Jen. Lit.-Ztg.
[7] Beiträge zur Strafgesetzgebung. Neustadt 1841

gehabt hätten, kann er sich bei jeder Form, falls nur die Funktionäre pflichtgetreu handeln, ein befriedigendes Resultat denken; ja er weist wohl diejenigen, welche zu solchem Quietismus ungläubig die Köpfe schütteln, auf die salbungsreichen Vorreden alter Gesetze hin, welche freilich immer das Beste versprechen und die gottesfürchtigste Miene annehmen. Dagegen ist Mittermaier[1] weit entfernt, solche idealischen Vorstellungen von einer sittlichen Wiederbelebung des bestehenden, von Grund aus morschen Systems zu hegen; seine Theorie ist daher auch keineswegs auf eine Rechtfertigung des bestehenden Rechts und Aufweisung seiner Vernünftigkeit berechnet; vielmehr führt er in seine Doktrin das Element der bürgerlichen Freiheit als ein nothwendig zu beachtendes ein, geräth aber damit freilich dem bestehenden System gegenüber, welches dieses Element grundsätzlich ignorirt, in tausendfache Kollision; indessen weiß er es um so besser zu handhaben, sobald er über den Bannkreis des positiven Rechts hinaus in die Sphäre legislativer Vorschläge kommt; wo er dann, ganz im Geiste der romanischen Jurisprudenz, den Gegensatz des Staatsinteresses auf der einen, und der bürgerlichen Freiheit auf der andern Seite als einen gegebenen annimmt, der versöhnt, und zwar nach der Idee des Gleichgewichts ausgeglichen werden müsse. Gewiß ist die Ansicht des Letzteren für den praktischen Sinn jedenfalls erquicklicher, als die des Ersteren; denn sie erkennt doch wenigstens die bürgerliche Freiheit als eine berechtigte Potenz in That und Wahrheit an, und muthet uns nicht zu, diese Anerkennung erst von der Humanität der Beamten eines Systems, das auf ihre Nichtanerkennung gebaut ist, zu erwarten; sie fordert die Bethätigung dieser Anerkennung in schützenden objektiven Institutionen und erklärt deren Werth nicht für eine Nebensache, sondern für die Hauptsache; sie ist überhaupt vom konstitutionellen Sinne getragen, der sich gegen alle Arten von patriarchalischen Illusionen zweifelnd verhält und solche Staatseinrichtungen fordert, welche die Beamten mittelst ihres eigenen Interesses dazu anhalten, in sittlichem Geiste zu handeln. Gleichwohl kann auch die Doktrin des Letzteren demjenigen volle Befriedigung nicht verschaffen, welcher von einer mechanischen Spannung der Gegensätze im Rechtsleben kein Heil erwartet, sondern eine organische Gestaltung verlangt.

Daß man einer aus der Idee der Sache geschöpften Grundlegung nicht entrathen könne, darüber konnte die neueste größere Schrift von

[1] Deutsches Strafverfahren u. sonst.

Mittermaier[1] am besten belehren, welche bei allen Vorzügen, die man ihr von vielen Seiten aus zugestehen muß, doch gerade an dem Hauptmangel einer strengen philosophischen Grundlage leidet. Zwar ist in dem Buche wiederholt erklärt, es sei über die Prinzipienfragen schon viel zu viel in's Allgemeine geredet und geschrieben worden, und es fehle der Wissenschaft vielmehr noch an einer weiteren Masse praktischer Erfahrungen und an einer gründlichen Erörterung der Detailfragen des neuen Strafverfahrens. Allein so verdienstlich es ist, zur Ausfüllung der letztgenannten Lücke aufzufordern und ihr nachzukommen, so wenig wird dadurch die Wahrheit ausgeschlossen, daß mit allen praktischen Erfahrungen und Erörterungen von Detailfragen nicht viel gethan ist, so lang die Grundbegriffe des Strafverfahrens selbst in ihrem organischen Zusammenhang nicht mit der erforderlichen Klarheit und Festigkeit aufgestellt sind. Es war eben nicht schwer, dies gerade an der Schrift des verehrten Verfassers selbst aufzuzeigen.[2]

Freilich ist die Anzahl derjenigen groß, welche vor jeder auf die Natur der Sache (die Idee) ausgehenden Betrachtung das Kreuz machen und sogleich über unberufene Einmischung der Philosophie klagen, sobald man einen Schritt über die positive Heerstraße hinausgeht, um sich zu orientiren. Es mag sogar mehrere genügsame Seelen geben, welche nicht einmal dieses Bedürfniß der Orientirung empfinden, welche von einer in sich geschlossenen Disziplin, wie denn doch der Strafprozeß für eine solche gilt, gar nicht verlangen, daß sie aus Einem Prinzip heraus organisch gegliedert sei, welche etwa gar glauben, daß eine folgerichtige Systematik mit einer praktischen Disziplin gar nicht verträglich oder selbiger wohl gar schädlich sei. Glücklicher Weise giebt es denn aber doch noch Andere, denen bei einem zufällig zusammengewirbelten Aggregat von Rechtssätzen nicht wohl ist, und die von jeder Disziplin verlangen, daß sie ein Ganzes aus Einem Gusse bilde, so daß kein einzelner Satz in ihr sei, der nicht von dem Prinzip aus seine Berechtigung aufzuweisen habe. Auch ist doch wohl der Natur, auf deren Rechte die Verächter der Philosophie so viel pochen, nichts gemäßer, als daß jede Sache eben von ihrer eigenen

[1] Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Oeffentlichkeit und das Geschwornengericht. Stuttgart u. Tübingen 1845.

[2] S. meine Artikel über die Reform des Strafverfahrens in den Jahrb. der Gegenwart. 1845. Sept. und Okt.

Natur bestimmt werde, daß also auch der Strafprozeß ein organisches System bilde, dessen Alles durchströmende und belebende Seele gerade seine wesentliche, aus seiner Idee fließende Natur ausmachen muß.

Wenn irgend etwas zur Bestärkung in dieser Ueberzeugung dienen kann, so ist es die Betrachtung des Verlaufs, den die Behandlung der Reformfrage von Seiten der Fachgelehrten seit 1830 genommen hat. Erst wagten sie, dem konservativen Interesse mit Inbrunst zugethan, nur wenige schüchterne Einräumungen. Allein wer Einmal eine Inkonsequenz begeht, der giebt dem Gegner die beste Waffe selbst in die Hand. Der unvermeidliche Erfolg ist denn auch nicht ausgeblieben. Nicht nur sind jene überaus vorsichtigen Einräumungen alsbald von der Tagespresse, von den Abgeordnetenkammern rc. nützlichst angenommen worden, sondern man hat sie auch, eben indem man sich des Stehenbleibens versichern wollte, unmerklich selbst immer mehr vorgeschoben. In stetigem Fortschritt hat die juristische Literatur Konzession um Konzession gemacht, ein Stück des geltenden Rechts nach dem andern preisgegeben; ja, was besonders merkwürdig ist, sie hat wider Willen — in ihrem übrigens ganz gerechtfertigten Kampf gegen das Beweissystem des geltenden Rechts — den Gegnern den Schlüssel zur ganzen Kampfstellung selbst eingeräumt. Es war nach und nach, zum Leidwesen Vieler, vielleicht noch sehr Vieler, dahin gekommen, daß von sämmtlichen Elementen der Reform Alles zugegeben war, die Jury allein ausgenommen. Allein die Art und Weise, wie die esoterische Jurisprudenz sich nach und nach zu ihren Einräumungen bequemte, war charakteristisch. Sie nahm die Forderungen der Mündlichkeit und der Oeffentlichkeit an, — aber erst nur mit Achselzucken, mit vorsichtigen Verklausulirungen, und, was die Hauptsache ist, meist nur aus Nebengründen, die außerhalb der Sache liegen, und in dem wahrhaft unbegreiflichen Wahne, daß beides sich trennen lasse. Hier wollte sie nun aber um so gewisser Halt machen, und, wenn sie auch jenen beiden Forderungen nachgab, so bestand sie nur um so fester darauf, daß man diese zugeben und gleichwohl die Jury mit Händen und Füßen abwehren könne. Es waren, abgesehen von denen, die das Geschwornengericht vornämlich nur von seiner politischen Seite auffaßten und um dieser willen auf seine Einführung drangen, wie namentlich Welcker,[1] bis zur neuesten Zeit im Verhältnisse sehr wenige Juristen, die sich gegen jene prinziplose Trennung

[1] Staatslexikon. Bd. IX.

der Fragen[1] erklärten und im Gegentheil darzuthun versuchten, daß der Hauptsitz der Reformfrage gerade im Beweissysteme ruhe und daher eine radikale Aenderung, die das Geschwornengericht in sich schließe, gar nicht umgangen werden könne, wenn man sich nicht fortwährend mit unorganischen und unsystematischen Halbheiten, mit einem Mischmasch von Konsequenzen entgegengesetzter Prinzipien herumschlagen wolle.[2] Indessen bekam man von Seiten der Gegner[3] hierauf nur die beliebten Vorwürfe der philosophischen Träumerei u. dgl. zu hören, und zwar zu einer Zeit, wo mehrere deutschen Regierungen bereits wieder einen ziemlichen Schritt vorwärts gethan und namentlich an den Hauptsitz des Uebels, die hergebrachte Beweistheorie, Hand angelegt hatten. Eben dieser letzte Angriff war in jeder Beziehung charakteristisch. Er zeigte die Unfähigkeit, sich von einem bloß abstrakten Denken loszusagen, Prinzipien und bloße Formen auseinanderzuhalten, geschichtliche Erscheinungen als Momente eines nothwendigen Entwicklungsprozesses zu begreifen, auf's Offenkundigste. Unter und trotz einer bis zum Uebermaß ausgedehnten schulmeisterlichen Polemik kam endlich doch (von der Jury abgesehen) als Resultat nahezu ganz dasselbe heraus, was die „philosophische Träumerei" ausgeheckt hatte. Aber freilich gerade in Beziehung auf den Hauptpunkt, die Beweisfrage, kam nochmals der im Juristenstand althergebrachte Widerwille gegen die Zumuthung, dem Volke zu geben, was des Volkes ist, mit voller Entschiedenheit zu Tage. In Uebereinstimmung mit Mittermaier und v. Wächter wurde die von der badischen Strafprozeßordnung sanktionirte Halbheit als das: Bis hieher und nicht weiter,

[1] Dieser Trennung hat auch neuestens noch C. v. Steman in seiner sonst schätzenswerthen Schrift: Die Jury in Strafsachen, Hamburg 1847, das Wort geredet.

[2] S. Rintel, von der Jury. Meine Artikel über Reform des Strafverfahrens in den Jahrb. der Gegenw. 1845. Sept. u. Okt. Meinen Artikel: Grundlinien einer organischen Gliederung des Strafverfahrens in den konstit. Jahrb. 1845. Bd. III. S. 1—70. Meinen Artikel über die Zukunft des Strafverfahrens in Deutschland, in der deutschen Vierteljahrsschrift. 1846. Nr. 33. S. 315 bis 347. Meine Artikel: Juristenkollegien? oder Geschwornengerichte? in der N. Jen. Lit.-Ztg. 1846. Nr. 81—86. 106—111. J. Gundermann, Gesch. der Entstehung der Jury in England und deren leitender Gedanke. München 1847.

[3] Zachariä, die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens. Göttingen 1846. S. dagegen meinen Artikel in den Jahrb. der Gegenwart. 1847. April.

ausgerufen und damit abermals deutlich die Ohnmacht einer Wissenschaft gezeigt, die, von ihrer lebendigen Wurzel abgerissen, als kastenmäßiges Monopol verknöchert, sich damit begnügt, vorsichtig, ängstlich, mit kaum verhehlter Niedergeschlagenheit hinter der Gesetzgebung herzutrippeln, während es doch vielmehr ihr Beruf wäre, dieser muthig und siegesfreudig die Fahne voranzutragen. Was insbesondere die Jury betrifft, so möge es erlaubt sein, hier das einzuflechten, was schon an anderem Orte in dieser Beziehung gegenüber jener neuesten Ereiferung des abstraktjuristischen Bewußtseins gesagt wurde. „Um so leichter," mußte ich erinnern, „hat es sich der Verfasser mit der Frage über Geschworenengerichte gemacht, auffallend bei einem Schriftsteller, der sonst sich gern seiner Gründlichkeit rühmt, und nicht sehr vortheilhaft für eine Schrift, die praktisch in die Gegenwart eingreifen will. Denn mit ihrem bloßen Stirnrunzeln und Achselzucken werden die Herrn Transaktionäre dem deutschen Volke die bereits sehr stark vorhandene Neigung zu Geschworenengerichten nicht austreiben. Sind sie von deren Verderblichkeit in der That so überzeugt, wie sie es sagen, so würden sie gut daran thun, auch Andere davon zu überzeugen und sich nicht mit wohlfeilen Orakelsprüchen zu begnügen, die gegenwärtig keinen Eindruck mehr machen. Der Verfasser begnügt sich in der That mit sehr Wenigem. Er wiederholt seine völlig ungegründete Einwendung gegen mich, als ob ich eine abstrakte Scheidung der Thatfrage und der Rechtsfrage statuirte, und treibt das Mißverständniß meiner Ausführungen so weit, daß er mir gar die Tendenz zu einer neuen Art von Absolutismus (!) aufbürdet und meine Deduktion des Geschwornengerichts, die von dem unendlichen Rechte des freien Selbstbewußtseins ausgeht, als Anbahnung eines Glaubens- oder Ketzergerichts (!) verdächtigt, — alles nur so im Vorbeigehen. Sodann macht er einige Worte darüber, daß dem Geschworenengerichte als politischer Einrichtung nur ein bedingter Werth zukomme; und über die Frage, ob es als Rechtsanstalt betrachtet werden könne, bringt er eben nicht weiter vor, als die zwei Punkte, daß von Recht nicht die Rede sein könne, wo die Entscheidung einzig und allein der innersten Ueberzeugung überlassen werde (was bei den Geschworenen in der That nicht einmal der Fall ist), und daß die Juristen die Sache besser verstehen müssen, als Kaufleute, Handwerker, Künstler und andere Gelehrte. Das ist Alles! — Daneben erkennt er dann an, daß das Institut der Jury auch seine Lichtseiten habe, und daß nichts mehr und besser dafür sprechen könne, als die allgemeine

Volksgunst, die es da genieße, wo es sich als Bestandtheil der ganzen volksthümlichen Rechtsverfassung entwickelt, oder, zunächst durch einen Akt der Gesetzgebung ins Leben gerufen, fest in den ursprünglich fremden Boden eingewurzelt habe. Er verwirft die Jury nicht deswegen, weil sie ein fremdländisches Institut sei, noch deswegen, weil er die Deutschen nicht reif dafür glaubte, oder weil er den Deutschen nicht Besonnenheit genug zutraute, um sich eines Mißbrauchs der Einrichtung bei politischen Prozessen zu enthalten. Er ist sogar so billig, die Einwendungen Anderer, welche von manchen bei der französischen Jury vorgekommenen Mißbräuchen hergenommen werden, zurückzuweisen und zu gestehen, daß auch in Deutschland ungerechte und verkehrte Entscheidungen von rechtsgelehrten Richterkollegien, und jedenfalls viel mehrere, als von denen das Publikum Kenntniß erhalten habe, vorgekommen seien. Ueberaus willkürlich ist aber seine Behauptung, daß die Rheinländer nicht sowohl an das Institut der Jury als solches, als vielmehr nur an die Formen der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit anhänglich seien,[1] — eine Behauptung, über die man weiter kein Wort zu verlieren braucht. Was wäre denn aber von den Badensern zu sagen, die sich aller der Vortheile erfreuen, welche ihnen der Verfasser mit seinem knappen Maße gönnen will, und die gleichwohl daran nicht genug haben, sondern immer noch die Jury als die Krone des Ganzen fordern?" —

Die philosophischen Träumer sollten aber noch glänzender gerechtfertigt werden. Sie hatten darauf bestanden, daß die in den neusten Gesetzgebungen enthaltene Anerkennung einer bloß negativen Beweistheorie nothwendig dazu führen müsse, das Geschäft des Rechtsprechens zu theilen und das Urtheil über die Thatfrage, als ein jedem Gebildeten zustehendes, von dem Urtheil über die Rechtsfrage zu trennen. Das war nun immer als die schlimmste Ketzerei angesehen worden, weil die Kaste sich so gern die ausschließliche Möglichkeit, auch über die Thatfrage zu sprechen, zugeeignet hätte. Gleichwohl haben sich bei der letzten Germanistenversammlung mehrere der angesehensten Autoritäten unter den deutschen Rechtsgelehrten, die bisher gegen die Jury gewesen waren, auch für diese letzte Konsequenz der Reformfrage ausgesprochen! — Man wird schwerlich fehlgehen, wenn man der Ansicht ist, daß ein so erwünschter Erfolg wohl noch weit früher eingetreten wäre, wenn nicht eben jener

[1] Ebenso Wächter in den Verhandlungen der Germanisten in Lübeck.

beklagenswerthe Zwiespalt zwischen Theorie und Leben bestanden hätte, wovon oben ausgegangen wurde. Dürfen wir uns aber mit Recht dazu Glück wünschen, daß auf diesem Felde die Wissenschaft aus ihrem esoterischen Bannkreise herausgetreten ist, daß sie ihre hochmüthige Sprödigkeit, ihren Dünkel, Alles allein zu wissen, abzulegen und dem Leben die Hand zu reichen angefangen hat, so dürfen wir uns doch auch auf der andern Seite nicht verhehlen, daß die große Mehrzahl der Mitglieder des Standes noch keineswegs willig ist, dem Beispiele ihrer Führer zu folgen, daß unter ihr vielmehr die überlieferten Vorurtheile gegen das volksthümliche Element in der Rechtspflege noch mit großer Entschiedenheit herrschen, und daß sie sich hiernach gegenüber dem Volksbewußtsein, das sich in Deutschland neuerdings so einstimmig für Schwurgerichte, wenigstens in Strafsachen, ausgesprochen hat, in einem bedenklichen Widerspruche befindet.

Im Bisherigen liegt denn von selbst die Rechtfertigung des folgenden Versuchs, theils aus der Natur der Sache, theils auf geschichtlichem Wege das allgemeine Verlangen nach Einführung des Geschworenengerichts zu begründen. Es giebt dabei eine Menge von Vorurtheilen, von hergebrachten schiefen Lehrsätzen wegzuräumen; aber es ist zu hoffen, daß das richtig festgestellte Prinzip sich bei jedem Unbefangenblickenden von selbst den Sieg gewinnen werde. Dabei wird sich zeigen, daß manche unserer Rechtsgelehrten, der eine auf diesem, der andere auf jenem Wege, der Jury viel näher stehen, als sie selbst glauben, [1] indem sie Sätze aufstellen, die, sobald sie nur richtig entwickelt werden, unfehlbar zur Anerkennung der Nothwendigkeit des Geschworenengerichts führen müssen. Gundermann hat Recht, [2] wenn er sagt, daß die Lösung der Juryfrage nicht so ferne liege, als man gewöhnlich glaube, da es nicht am Material, sondern nur an der Behandlung fehle.

[1] S. meine oben angef. Recension in der N. Jen. Lit.-Ztg. 1846.

[2] Geschichte der Entstehung der Jury in England. S. 83.

Erstes Kapitel.

Der Organismus des Strafverfahrens.

I. Dessen Begriff.

Der Strafprozeß hat die Aufgabe, die Tilgung des Verbrechens zu vermitteln, welche schlechthin stattzufinden hat, weil im Verbrechen, auch im geringsten, nicht nur der verzichtbare Rechtsanspruch eines Einzelnen, sondern das Recht selbst in seinem Wesen, und hiemit die Grundlage der ganzen Rechtsordnung, der gesammten Organisation der Gesellschaft verletzt wird. Die Wiederaufhebung des Verbrechens muß eben deshalb unter allen Umständen in den Kreis des Staates fallen, welcher nichts anderes ist, als der Organismus der Rechtsidee nach dem Geiste eines bestimmten Volks.[1]

Die Tilgung des Verbrechens findet nun auf dreierlei Weise statt: durch die Strafe, — durch Tod oder Verjährung, — durch Gnade.[2] Bei diesen Wiederaufhebungsarten konkurriren alle wesentlichen Staatsgewalten, die des Staatsoberhaupts, die gesetzgebende und die vollziehende (näher die richterliche), so zwar, daß jede derselben auch einer der besondern Staatsgewalten vorzugsweise angehört (wie z. B. die Begnadigung dem Staatsoberhaupte). Wenn gleich aber nur die Wiederaufhebung durch Strafe es ist, welche der richterlichen Gewalt vorzugsweise zufällt, so bildet diese doch zugleich die allgemeine Vermittlung für alle jene Wiederaufhebungsweisen, sofern sie dieselben vorzubereiten, zu konstatiren hat ꝛc.[3] Für die Rechtspflege bildet daher die Tilgung des Verbrechens gerade die eigenthümliche Aufgabe; und, da die regelmäßige Tilgungsweise die Bestrafung ist, so tritt eben die Strafrechtspflege in diesem Gebiete als die herrschende Funktion hervor.

Die peinliche Rechtspflege unterscheidet sich wesentlich von der bürgerlichen, und in diesem Unterschiede liegt ihre nähere Bestimmtheit. Ob-

[1] Die nähere Begründung s. in meiner Neuen Revision der Grundbegriffe des Strafrechts §. 185. 186.

[2] Ebend. §. 208—221.

[3] Ebend. §. 175.

gleich nämlich der Staat, als der Träger und Wächter der Rechtsidee, die Pflicht hat, das Recht in allen seinen Formen zu verwirklichen, mithin das Unrecht, das dieser Verwirklichung widerstrebt, aufzuheben, so hat er diese Pflicht doch nicht überall auf dieselbe Weise.

Die bürgerliche Rechtspflege hat es nur mit den Privatrechtskollisionen zu thun. Im äußeren Verkehr finden und durchkreuzen sich die Interessen der Einzelnen auf unendliche Weise; daraus folgt aber, daß die Willen der verschiedenen Personen in Beziehung auf dieselben Objekte in unendlich viele Gegensätze gerathen können und müssen; sobald aber diese Gegensätze sich fixiren, so werden sie zu Rechtskollisionen. Solche Rechtskollisionen enthalten nun ohne Zweifel ein Unrecht, aber ein wesentlich anderes, als das im Verbrechen liegende. Dasselbe ist nämlich bloß unbefangenes Unrecht, weil die streitenden Partheien gerade die Anerkennung des Rechts verlangen und das Unrecht mithin nur darin liegt, daß sie ihr besonderes Interesse irrig unter den Rechtsbegriff subsumiren. Andererseits ist es aber doch wirkliches Unrecht, weil in jedem solchen Falle ein Recht verletzt oder mit Verletzung bedroht ist, dies aber auch in dem Willen der betreffenden Person liegt, die, während sie das Recht zu wollen vorgiebt oder meint, vielmehr das Unrecht will und sich nur dieses Widerspruchs nicht bewußt ist, oder ihn wenigstens vor sich selbst verläugnet. Das Wesentliche bei diesen Rechtskollisionen ist nun, daß sie nur solche Rechte zum Gegenstande haben, die der Persönlichkeit nur äußerlich verbunden, daher auch veräußerlich und verzichtbar sind. Hieraus folgt, daß in der Sphäre des bürgerlichen Rechtsstreits die Thätigkeit des Staates durchaus durch die freie Thätigkeit der streitenden Partheien vermittelt sein muß, und lediglich in der Subsumtion der bewiesenen Rechtsansprüche unter die Norm des Gesetzes bestehen kann, mithin auch nicht das materielle, sondern nur das formelle Recht der Zweck ist (wiewohl für die Parthieen selbst das formelle Recht durch die Rechtskraft zum materiellen wird). Aus dieser Natur der bürgerlichen Rechtspflege geht die Nothwendigkeit einer doppelten Form für dieselbe, nämlich als friedensgerichtlichen, und als strengen Prozesses hervor.

In der ersten Form ist der Zweck, eine Entscheidung durch Vergleich nach Billigkeitsgrundsätzen herbeizuführen. Ihre Nothwendigkeit liegt darin, daß im bürgerlichen Rechtsstreite überall die Thätigkeit des Gerichts durch die Freiheit der Parthieen vermittelt, hiemit der eigentliche Rechtsgang ein Formalismus sein muß. Hierin liegt nämlich die Mög-

lichkeit der Schikane und hiemit neuen Unrechts um so näher, je mehr hier der Staat darauf beschränkt ist, nur das beweisbare Recht verwirklichen zu können. Deshalb muß denn eine besondere Gerichtsform gegeben sein, mittelst welcher dieses Unrecht vermieden werden kann, indem die Verhandlung der Streitsache einem mit dem Zutrauen der Partheien bekleideten, aus dem Volke hervorgegangenen, nach dem Grundsatz der Billigkeit verfahrenden Friedensgerichte übertragen wird. In dem Prinzip dieses Gerichtes liegt dann von selbst, daß es in seiner Entstehung durch das Volk vermittelt, aus dem Zutrauen desselben mittelst Wahl hervorgegangen, — daß das Verfahren desselben kurz, lose und wohlfeil sein, — daß endlich die Unterwerfung unter seinen Spruch in die Freiheit der Partheien gestellt bleiben muß. Diesem an das Prinzip der Billigkeit hingegebenen Verfahren setzt sich nun aber, um seiner Einseitigkeit willen, mit Nothwendigkeit der strenge Formalismus des eigentlichen Civilprozesses gegenüber. Derselbe hat allerdings das Friedensgericht zu seiner Voraussetzung, weil im ganzen bürgerlichen Rechtsstreit die Staatsthätigkeit durch die Freiheit der Parthieen vermittelt sein muß, weil es sich in demselben überall von verzichtbaren Rechten handelt, und daher das unmittelbare Eingreifen der Justizgewalt überall nur durch die Erklärung der Partheien, daß sie sich nicht gütlich vergleichen wollen, hervorgerufen ist. Aber eben diese Voraussetzung hat ihn auch zur nothwendigen Folge, d. h. die Partheien haben das Recht, auf eine gütliche Beilegung zu verzichten und die Entscheidung dem Formalismus des strengen Rechtsgangs anheimzustellen. Sonach hat der Civilprozeß zu seiner Aufgabe die Verwirklichung des beweisbaren und von den Partheien auch wirklich zum Beweise gebrachten Privatrechts in der Strenge der gesetzlichen Form. Er bedarf daher eines festen Systems von Formen für Einleitung, Verhandlung und Entscheidung der Sache. Innerhalb dieses beiden Partheien die gleichen Rechte gewährenden Systems aber muß die Verzichtsbefugniß dieser Partheien allseitig anerkannt bleiben, daher der Prozeß nur auf Klage eingeleitet und nur nach der Verhandlungsmaxime geführt werden darf. Einerseits setzt nun die Leitung des strengen systematischen Formengangs, die Entscheidung, ob der Beweis nach den hierüber bestimmten allgemeinen Regeln geliefert sei, und hiernach die Subsumtion des Falls unter die Norm des Gesetzes besondere juristische Kenntnisse voraus, und es ergiebt sich hieraus die Nothwendigkeit der Zusammensetzung des Civilgerichts aus der Klasse der Rechtsgelehrten.

Andererseits verlangt aber das Recht des freien Selbstbewußtseins, daß der ganze Verlauf diesem gegenständlich gemacht werde, hiemit also Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens., jedoch so, daß auch hier das Recht des Verzichts gewahrt, d. h. den Partheien gestattet bleiben muß, sich über das Wegbleiben jener Formen zu vertragen.

Dagegen hat es nun die peinliche Rechtspflege mit der grundsätzlichen Verletzung des Rechts in seinem innersten Kern und Wesen, mit einem Angriff auf die Grundlage der gesammten Rechtsordnung, daher mit einem Unrecht, das nicht nur im Wissen, sondern auch im Willen liegt, zu thun. Hier handelt es sich daher nicht von Partheien, die sich um das Recht streiten, sondern von einem Individuum, das angeschuldigt ist, seinen Willen wissentlich an die Stelle des Rechts gesetzt, die Giltigkeit des Gesetzes thatsächlich nicht anerkannt zu haben. Das wirklich verletzte Recht ist nun schlechthin wiederherzustellen, daher hier kein Verzicht des Beschädigten Platz greifen kann. Eben so wenig kann aber ein Verzicht des Angeschuldigten auf seine Vertheidigung zuläßig sein, da nur wirkliche Schuld die Bedingung der Strafe ist. Deshalb kann hier auch nicht die Verhandlungsmaxime herrschen, sondern es muß die Untersuchungsmaxime eintreten. Die Einleitung des Prozesses darf nicht von der Klage des unmittelbar Beschädigten abhängig gemacht werden, und von einem friedensgerichtlichen Vergleiche kann nicht die Rede sein. Durch all' dies wird aber auch eine andere Bestimmtheit des Gerichts in seiner Besetzung und in seiner Beweismethode bedingt. Insbesondere kann es sich hier nicht um bloß formelle Wahrheit, sondern es muß sich um materielle handeln. Da der Zweck des Strafrechts die unbedingte Wiederaufhebung des durch das Verbrechen gesetzten Unrechts, mithin die Geltendmachung des Rechts als solchen um seiner selbst willen, also ohne Vermittlung durch Parthieenwillkühr, der Strafprozeß aber nichts Anderes, als die Vermittlung für diese Thätigkeit des Staats im einzelnen Fall ist, so ergiebt sich als sein Zweck: die schlechthinige, von keiner Willkühr abhängige, Erhebung der Wahrheit in Beziehung auf Verbrechen, die begangen sein sollen.

II. Die Bildung des peinlichen Gerichts und seine Formen.

Das peinliche Gericht muß in sich die beiden Momente vereinigen, welche in der Sphäre des bürgerlichen Rechtsstreits in zwei verschiedenen Instituten selbständig fixirt sein müssen. Diese beiden Momente, nämlich das der abstrakten Gesetzlichkeit, und das der konkreten Anschauung des Lebens, werden vertreten, — jenes durch gelehrte, vom Staat geprüfte und befähigte Juristen, dieses durch unpartheiische, aus der Wahl des Volks hervorgegangene und mit seinem Zutrauen bekleidete Männer, welche im Gerichte das Recht des freien Selbstbewußtseins zu vertreten haben. Während im bürgerlichen Rechtsverfahren diese Elemente geschieden sein können und müssen, so müssen sie im peinlichen Gerichte vereinigt sein, weil jedes Gericht diesen Gegensatz fordert, der Strafprozeß aber die Spaltung in zwei Formen überall nicht zuläßt, wie sie eben nur aus dem Formalismus und dem Verzichtsprinzip im bürgerlichen Rechtsstreite hervorgeht.

Jedes Gericht fordert die gedachten Elemente. Denn der Begriff des Richtens setzt sie voraus. Richten heißt: einen besondern Fall, d. h. einen individuellen menschlichen Akt, ein aus solchen Akten erzeugtes Verhältniß unter die Norm des Gesetzes subsumiren, und zwar in systematischer, nach vorherbestimmten Regeln sich entwickelnder Form. Hiezu bedarf es nun einerseits des juristischen Elements, d. h. eines Organs des Gesetzes, da dieses Element nothwendig ist zur Leitung des Formengangs, sowie zur endlichen Subsumtion des besondern Falls unter die allgemeine Norm. Andererseits ist es aber ein besonderer Fall, es sind einzelne bestimmte menschliche Akte, die auf solche Weise geregelt werden sollen. Dies setzt die Kenntniß des konkreten Falls, die deutliche Anschauung und das Verständniß desselben, hiemit die umfassendste Kenntniß der vorkommenden Verkehrsverhältnisse, überhaupt der gemeinen Lebensbegegnisse voraus. Offenbar kommt aber diese Kenntniß gelehrten Richtern nicht spezifisch zu; im Gegentheil setzt die strenge juristische Bildung voraus, daß der Rechtsgelehrte neben der Bemühung um seine Fachkenntnisse nicht die erforderliche Muße haben werde, um jene empirischen Kenntnisse in dem nöthigen Umfang zu erwerben. Da nun in jedem Organismus jede eigenthümliche Funktion auch ein relativ selbstständiges Organ verlangt, so bedarf es auch für die Darbietung jener umfassenden empirischen Anschauungen

und Kenntnisse im Prozesse eines eigenen Organs, des volksthümlichen Elements.

Beide Elemente erhalten aber im Strafverfahren eine andere Stellung, als im bürgerlichen Rechtsstreite. Der Grund liegt in den verschiedenen Prinzipien beider Formen der Rechtspflege. Der bürgerliche Rechtsstreit hat widerstreitende Privatrechtsansprüche zum Gegenstand, sein Zweck ist identisch mit dem der streitenden Partheien, nämlich dasjenige formell als Recht auszusprechen, was die Partheien als solches gelten lassen wollen oder als solches zu beweisen vermögen. Der Inhalt des geltend zu machenden Rechts bleibt hier der Bestimmung des Gerichts insoweit entzogen, als er der freien Verfügung der streitenden Partheien unterliegt. Diese mögen sich vergleichen oder es auf den Beweis ankommen lassen, wie ihn jede zu liefern vermag. Hierein mischt sich das Gericht nicht; es kann zum Vergleiche nicht zwingen, beim Beweise nicht selbst untersuchend eingreifen. In beiden Rücksichten bleibt es den Partheien überlassen, in welcher Weise sie den Inhalt der streitigen Rechtsfrage der Thätigkeit des Gerichts unterstellen wollen. Sie haben die Freiheit, jede faktische Behauptung aufzustellen, auch die ihnen nachtheilige oder unwahre, sowie es auch ihre Sache ist, wenn sie das versäumen, was zu ihrem Vortheil gereichen würde. Gegen all dies verhält sich das Gericht gleichgiltig, welches überhaupt nur durch die Klage des Verletzten aufgerufen, dagegen durch das Zugeständniß des Beklagten, es mag dieses nun der Sache nach wahr sein oder nicht, wieder in Ruhe versetzt wird. Das Gericht hat nur die Form der Verhandlung zu leiten und dafür zu sorgen, daß beiden Partheien die gleiche Freiheit bleibe, ihre Ansprüche vorzutragen und zu begründen. Eben durch diese Begründung, welche den Partheien obliegt, werden die faktischen Umstände des Falls erst zum Objekt für das Gericht. Sie müssen bewiesen werden, d. h. es muß ihnen ihre individuell empirische Natur abgestreift, sie müssen zu allgemeinen, rechtlichen Momenten erhoben werden. Dies kann hier, wo der spezielle Inhalt des Rechtsfalls in der freien Verfügung der Partheien steht, nur dadurch geschehen, daß die Umstände desselben unter allgemeine objektive Kriterien, unter förmliche Beweisregeln gebracht werden, welche eine vorausbestimmte, formell allgemeine Wirkung und nicht den Zweck haben, zu materieller, sondern nur zu formeller Wahrheit zu führen. In die Materie dieses Beweisens hat sich das Gericht nicht einzumischen, sondern nur die von den Partheien gelieferten Beweise nach jenen allgemeinen

Kriterien zu prüfen und das Bewiesene unter die gesetzliche Norm zu subsumiren. Eben deshalb darf das Gericht hier nur aus rechtsgelehrten Richtern zusammengesetzt sein. Ein weiteres Medium zwischen diesen und den Partheien würde die strenge Förmlichkeit, worauf hier Alles beruht, ebensosehr untergraben, als die freie Willkühr der Partheien. Letztere haben ein Recht auf die Verhandlungsmaxime, auf die materielle Indifferenz des Gerichts, auf den formellen Ausspruch des Rechts. Ihr eigener Zweck ist kein anderer, als dasjenige als Recht ausgesprochen zu hören, was von ihnen selbst als solches bewiesen werden kann oder will. Dürften die Richter darüber hinausgehen, dürfte bei ihnen ein anderes, als das streng-juristische Element vorwalten, so wären die Partheien in ihren wesentlichsten Rechten verletzt. — Allerdings macht aber eben der Formalismus dieses Rechtsgangs eine zweite Form nothwendig, in welcher auch das Materielle des Falls dem Gericht zur Untersuchung freigestellt und von ihm nach Grundsätzen der Billigkeit entschieden wird. Hiefür tritt dann als eigenthümliches Organ das Friedensgericht ein.

Eine solche Vertheilung beider Elemente steht nun aber mit der Idee des Strafverfahrens in geradem Widerspruche. Dieses hat es mit der Verwirklichung des Rechts als solchen und um seiner selbst willen nach Form und Inhalt zu thun. Sein Zweck ist, nicht bloß formelle, sondern materielle Wahrheit zu erheben. In ihm ist das Verzichtsprinzip ohne alle Wirksamkeit. Es kennt keine Partheien. Daher kann es hier weder ein nach dem Grundsatz der Billigkeit entscheidendes Friedensgericht, noch auch ein nur das formelle Recht verwirklichendes Gericht von rechtsgelehrten Richtern geben. Vielmehr müssen hier beide Elemente in Einem Gerichte vereinigt sein.

Das Element der Gesetzlichkeit stellt sich nun in den bei dem peinlichen Gerichte in Wirksamkeit befindlichen Staatsbeamten dar. Gemäß ihrem Berufe muß auch ihre ganze Stellung eine dem Zufall entnommene, festbegründete sein. Darin liegt: daß sie einem bestimmten Stande, und zwar dem Stande der vom Staat geprüften und befähigten Rechtsgelehrten angehören müssen, — daß sie ferner unabhängig, d. h. zwar von der Regierung angestellt und dem allgemeinen Oberaufsichtsrecht unterworfen, aber nur durch richterliches Erkenntniß absetzbar und versetzbar, und in Beziehung auf das Materielle ihrer amtlichen Thätigkeit gegen allen Einfluß vom Mittelpunkte der Regierung aus gewahrt sein müssen, — daß sie aber auch nur Organe des Gesetzes sein dürfen und daher

wegen jeden Verdachts, daß sie dies im einzelnen Falle nicht seien, der Rekusation ausgesetzt sein müssen.

Den Gegensatz bildet das volksthümliche Element, dargestellt in den mittelst Wahl aus dem Zutrauen des Volks hervorgegangenen Geschworenen, welche bei dem Gerichte das Recht des freien Selbstbewußtseins und die konkrete Anschauung des Lebens zu vertreten haben. In ihrer Bestimmung liegt: daß sie aus einer, zwar an objektive Bedingungen gebundenen, im Uebrigen aber freien, das Zutrauen des Volks aussprechenden Wahl hervorgehen, — daß sie ferner möglichst aus allen Ständen genommen sein und eine bedeutende Anzahl bilden müssen, um die konkrete Anschauung des Lebens möglichst für alle vor das Gericht kommenden Fälle und Verhältnisse vertreten zu können, — daß endlich aus der Liste derselben für den einzelnen Fall der Angeschuldigte seine Richter auszuwählen haben muß, weil in denselben sein eigenes Selbstbewußtsein zur Vertretung kommen soll, wogegen aber auch die Staatsbehörde das Recht haben muß, die Geschworenen, deren Unpartheilichkeit ihr verdächtig ist, zu verwerfen.

Beide Elemente müssen (s. o.) im peinlichen Gerichte vereinigt sein, aber in dieser Einheit muß, wenn sie eine organische sein soll, der Unterschied erhalten bleiben. Daher fallen besondere Geschäfte den Staatsbeamten, andere den Geschworenen zu. Die Vertheilung bestimmt sich aber nach der Aufgabe, welche jedes der beiden Elemente seiner Natur gemäß zu erfüllen hat.

Das juristische Element nun hat in der Strafrechtspflege die dreifache Bestimmung: einmal die Fälle, wo das Recht als solches verletzt ist, aufzusuchen und den Verdächtigen anzuklagen, das Amt des Staatsanwalts, — zweitens die zur Anzeige gebrachten Fälle zu untersuchen und darüber zu entscheiden, ob eine bestimmte Anklage gegen eine bestimmte Person gestellt werden soll, eine Aufgabe, die wieder ihre eigenen sich relativ selbständig bewegenden Organe (Untersuchungsgerichte und Anklagekammern) verlangt, — endlich den ganzen Prozeß in seinem Formengange zu leiten und alle darin vorkommenden Rechtspunkte zu entscheiden, insbesondere das Endurtheil zu fällen, das Amt der erkennenden Gerichte.

Dagegen ist die Bestimmung der Geschworenen die, das eigene Selbstbewußtsein des Angeschuldigten als Organ des konkreten Volksbewußtseins (des Bewußtseins seiner Gleichen) zu vertreten. Ihnen kommt

deshalb das Amt zu, den gesammten Prozeß, als eine Rekonstruktion der fraglichen Begebenheit, anschaulich zu durchleben und nach dem Gesammteindrucke auszusprechen, ob sie nach ihrem durch Eid gebundenen Gewissen den Angeklagten für schuldig halten oder nicht.

Das Verhältniß beider Elemente zu einander ist sodann dieses. Die Funktionen des Staatsanwalts vor Stellung der bestimmten Anklage, die des Untersuchungsgerichts und die der Anklagekammern bleiben von der Berührung mit den Geschworenen ausgeschlossen, deren Thätigkeit eine geschlossene Untersuchung und begründete Anklage voraussetzt, infolge deren eben das Gesammtbild der zu beurtheilenden Begebenheit vor ihnen aufgerollt werden kann. Die Geschworenen haben daher erst in Verbindung mit dem erkennenden Gerichte aufzutreten. Vermöge ihrer auf Anschauung gerichteten Aufgabe haben sie sich aber durchaus passiv zu verhalten und eben nur auf die Betrachtung der Thatumstände zu beschränken. Daher steht die Leitung des Verfahrens vor den Geschworenen dem erkennenden Gerichte zu, und von diesem haben sie über die einschlagenden Rechtspunkte, deren Kenntniß zur Beurtheilung der Thatfrage nothwendig ist, Belehrung zu suchen. Die Subsumtion ihres Ausspruchs über die Thatfrage, der eben darum nicht abstrakt von der Rechtsfrage getrennt ist, unter die Norm des Gesetzes, welche Operation gleichfalls ein relativ selbstständiges Eingehen auf die Thatumstände in sich schließt, steht sodann den rechtsgelehrten Richtern zu.

Aus der nothwendigen Einheit beider Elemente im peinlichen Gerichte ergeben sich aber weiterhin von selbst die wesentlichen Formen des Verfahrens, — und zwar zunächst die Oeffentlichkeit desselben. — Richten ist (s. o.) die Vermittlung des abstrakten Gesetzes mit dem konkreten Falle seiner Anwendung für das Bewußtsein Aller. Während nun im bürgerlichen Rechtsstreit zunächst die streitenden Partheien die Vertreter dieses freien Selbstbewußtseins sind, und es daher auch von ihrer Willkühr abhängt, auf die Form der weiteren, als der bloßen Partheien-Oeffentlichkeit zu verzichten, so kennt das Strafverfahren keine Partheien und kein Verzichtsprinzip; das Recht, um dessen Verwirklichung es sich hier handelt, ist nicht nur als formelles Recht für das Wissen der Streitenden, sondern es ist als das materielle Recht schlechthin für das allgemeine Bewußtsein herzustellen. Denn die Persönlichkeit des unmittelbar Verletzten verschwindet hier als die Nebensache. Die Hauptsache

ist die dem Recht als solchem, seinem Wesen nach widerfahrene Verletzung. Diese muß wieder aufgehoben, das Recht als das schlechthin Giltige muß für das allgemeine Bewußtsein in dieser seiner Bedeutung wieder hergestellt werden. Darum muß das Verfahren in peinlichen Prozessen öffentlich sein. Diese Oeffentlichkeit ist zugleich die nothwendige Folge der Oeffentlichkeit der Gesetzgebung, hiemit ein unentbehrliches Moment im konstitutionellen Staate. Die Oeffentlichkeit der Gesetzgebung nämlich beruht auf dem Begriffe des Gesetzes, als des fixirten allgemeinen Willens, welcher (als Wille) nothwendig bewußter, und somit Wille für das allgemeine Bewußtsein sein muß. Dieser allgemeine Wille muß nun aber auch in seiner Anwendung im konkreten Fall als der allgemeine im Bewußtsein bleiben, d. h. die Rechtspflege muß öffentlich vor sich gehen. Darin liegt die Vollendung der Gesetzgebung, und das Recht gewinnt dadurch erst sein konkretes Leben im Geiste der Nation.

Beruht hiernach die Oeffentlichkeit des strafrechtlichen Verfahrens darauf, daß die Verwirklichung des Rechts, als einer allgemeinen Angelegenheit an dem Verbrechen, als einem allgemeinen Objekte, in allgemeiner Form nothwendig auch vor dem allgemeinen Bewußtsein vor sich gehen muß, — so ergeben sich aus dem Prinzipe zugleich von selbst die Ausnahmen von der Regel. Wenn gleich nämlich 1) alle Verbrechen, sofern sie das Recht als solches verletzen, allgemeine Objekte sind, so giebt es gleichwohl eine bestimmte Art derselben, welche die öffentliche Verhandlung nicht erträgt, weil ihr Gegenstand sein Prinzip nicht in der Rechtssphäre, sondern außerhalb derselben in einem andern Gebiete der Sittlichkeit hat. Es sind dies die Verbrechen im sittlichen Kreise der Familie, Ehebruch rc. Zwar tritt nämlich die Familie auf den Boden des Staats und wird ebendeshalb Objekt des Rechts und Objekt des Verbrechens; ihr Prinzip aber gehört dem Rechte nicht an, sondern ist ein rein moralisches, daher sie sich der Oeffentlichkeit des Rechtslebens überall nur mit ihrer äußerlichen Seite zukehrt. Der sittliche Geist der Familie fordert daher allerdings vom Staate die Wiederherstellung aus der ihm durch das Verbrechen zugefügten Verletzung; die öffentliche Verhandlung dagegen verträgt er nicht, weil in eine solche auch der moralischinnerliche Inhalt des Verhältnisses hereingezogen und entweiht werden würde. 2) Bei allen Verbrechen überhaupt ferner muß allerdings die Form der Verwirklichung des Rechts gegen das Unrecht öffentlich sein. Für das öffentliche Bewußtsein aber ist das Unrecht erst mit dem Schlusse

der Voruntersuchung und der Versetzung des verdächtigen Individuums in den Anklagestand als wirklich existent vorhanden. Deshalb hat die Oeffentlichkeit der Verhandlungen auch erst in diesem Momente ihren Anfang zu nehmen. 3) Ebenso muß bei allen Verbrechen zwar Alles öffentlich vor sich gehen, was von dem ebengedachten Zeitpunkte an zur allgemeinen Form des Verfahrens gehört. Allein gerade deswegen dürfen wieder die Berathschlagungen der Richter über das Urtheil nicht öffentlich, sondern müssen geheim sein, weil in der Berathschlagung nur die Subjektivität der einzelnen Richter, und erst im beschlossenen Urtheile das Gericht als Organ der öffentlichen Macht auftritt.

Aus demselben Grunde, wie die Oeffentlichkeit, geht sofort auch die Mündlichkeit als wesentliche Form des Verfahrens hervor. Da es nämlich die Aufgabe der Geschworenen ist, den zu beurtheilenden Fall nach allen seinen thatsächlichen Beziehungen als ein Ganzes anschaulich zu durchleben, so muß auch die Form der Verhandlung die lebendig konkrete Form der Rede sein. Hieraus geht aber zugleich hervor, daß diese Form wiederum für die dem Verfahren vor den Geschworenen vorhergehenden Akte der Rechtspflege hinwegfallen muß, weil diese im Gegentheil dazu dienen, die äußeren Momente der Begebenheit sowohl für die gegenwärtige, wie für fernere Instanzen, als Grundlage der Verhandlung bleibend zu fixiren. —

III. Die Stadien des Strafprozesses.

Die Handlungen des so gebildeten peinlichen Gerichts unter den angegebenen Formen bilden nun den peinlichen Prozeß, der sich seinem Zwecke gemäß in drei Stadien unterscheidet: 1) die Untersuchung, als die allgemeine, 2) das Beweisverfahren, als die besondere Voraussetzung der Entscheidung, 3) das Urtheil, dessen Vollstreckung nur die sich von selbst verstehende Folge seiner Fällung ist.

1) Die Untersuchung.

Die allgemeine Voraussetzung des Urtheils, als letzten Zwecks des gerichtlichen Verfahrens, ist die Untersuchung, ob wirklich ein Verbrechen begangen und der Urheber desselben zu ermitteln sei. Ihr Zweck ist mithin, die Beweise gegen den des Verdächtigen zu sammeln, d. h. das Faktum nach allen seinen für die rechtliche Beurtheilung einfluß-

reichen Momenten möglichst vollständig zu ermitteln. Dies kann nur die Sache der rechtsgelehrten Beamten sein, und darf nicht öffentlich geschehen, weil durch die Oeffentlichkeit der Verhandlung der Zweck der Sache leiden würde. In dem Zwecke der Untersuchung liegt aber von selbst: a) Die Maxime des Verfahrens bei derselben, b) die dabei erforderlichen Mittel der Thätigkeit, c) ihre Beschränkung auf das Aeußerliche der Begebenheit, wodurch sich der Schluß derselben bestimmt.

a) Die Maxime des Verfahrens kann nicht die Verhandlungs-, sondern nur die Untersuchungsmaxime sein, d. h. diejenige, wornach der Staat sich nicht an die Forderungen des unmittelbar Verletzten, noch an das Vorbringen dieses oder des Angeschuldigten bindet, sondern selbstthätig die faktischen Umstände der fraglichen Begebenheit, so weit sie ihm rechtliche Beziehungen zu haben scheinen, in möglichster Vollkommenheit zu erheben sucht. Der Grund hiefür liegt in dem Prinzip des Strafverfahrens überhaupt, daß es mit der Verwirklichung des Rechts als solchen um seiner selbst willen zu thun hat. Denn hieraus folgt, daß der Staat durch die Untersuchung, unabhängig von dem guten Willen des Verletzers oder des Verletzten, um der Sache selbst willen die möglichst vollständigste Kenntniß des Faktums, als einer allgemeinen bedeutsamen Begebenheit, vorzubereiten hat.

Da nun die Untersuchung völlig unpartheiisch sein und ebensowohl die Ermittlung der Unschuld, als die der Schuld des Verdächtigen zum Zwecke haben muß, so verlangt die Eröffnung derselben, welche das Interesse der Verfolgung des Verdächtigen involvirt, eine besondere Behörde zum Organ. Als solches tritt denn der Staatsanwalt ein. Diese Behörde vertritt also das besondere Interesse des Staats an der Aufsuchung und Verfolgung begangener Verbrechen. Sie hat daher in Verbindung mit der Strafpolizei begangene Verbrechen aufzuspüren und das Untersuchungsgericht hiezu zu requiriren, die Anklage, wo sie solche gegründet findet, zu stellen, gegen die Verfügungen des Untersuchungsgerichts, welche jenes Interesse des Staates beeinträchtigen, Einspruch einzulegen, überhaupt aber den ganzen Gang der Untersuchung zu kontroliren und dafür zu sorgen, daß kein rechtliches Moment dabei versäumt bleibe. Dagegen muß sie ihrerseits von allen Untersuchungshandlungen ausgeschlossen, und das Untersuchungsgericht gegenüber von ihr in Unabhängigkeit erhalten werden, um ebensowohl auf die Unschuld, als auf die Schuld des Verdächtigen sein Augenmerk behalten zu können.

b) Die Untersuchung soll zur möglichst vollständigen Kenntniß des fraglichen Vorfalls und der denselben bedingenden menschlichen Handlungen führen. Als Mittel hiefür erscheinen gerichtlicher Augenschein, Einsicht von Urkunden, Vernehmungen von Zeugen, Vernehmungen des Angeschuldigten selbst, wozu denn wieder weiterhin Haussuchungen, Beschlagnahme von Papieren und andern Gegenständen, direkte und indirekte Zwangsmittel zum Erscheinen vor Gericht, Verhaftungen u. dgl. nothwendig sein können. Aus der unbedingten Pflicht des Staats zur Untersuchung von Verbrechen folgt nun sein Recht, diese Mittel anzuwenden, sobald sie als unentbehrlich zu jenem Zwecke erscheinen; allein eben auch nur so weit, weil die persönliche Freiheit überall unantastbar ist, wo sie nicht mit allgemeinen Staatszwecken kollidirt.

c) Die Untersuchung hat aber auch nur die allgemeine Kenntniß des fraglichen Vorfalls und der ihn bedingenden Urheberschaft zu vermitteln; nicht aber auch das Subjektive an der Handlung, soweit es nicht in dieser sich selbst entäußert hat, oder soweit nicht der Angeschuldigte selbst es aus freien Stücken an das Untersuchungsgericht entäußern will. Denn die subjektive Innerlichkeit des Menschen ist schlechthin frei gegen jeden Zwang, und muß als freie geachtet werden. Der Staat darf daher in der ganzen Untersuchung den Verdächtigen noch nicht als Angeklagten behandeln, noch weniger ihn zum Geständniß direkt oder indireckt zwingen; seine Sache ist es nur, soviel Beweise gegen den Verdächtigen zu sammeln, daß die Versetzung desselben in den Anklagestand gerechtfertigt werden kann. Die Untersuchung ist mithin wesentlich genereller Natur, und, wo sie speziell zu werden beginnt, geht sie in ein ferneres, unter anderem Prinzipe stehendes, Stadium des Verfahrens über.

Dieser Uebergang fixirt sich in dem besonderen Momente der Versetzung in den Anklagestand, welcher Akt nicht von dem Untersuchungsrichter, der nicht sich selbst kontroliren kann, sondern nur von einem besondern Gerichte, der Anklagekammer, vollzogen werden darf. Derselbe setzt die aus der Untersuchung hervorgegangene Wahrscheinlichkeit voraus, daß der Verdächtige Urheber oder Theilnehmer des bestimmten Verbrechens sei. Denn mit dieser Wahrscheinlichkeit beginnt das Recht des Staats, dieses Individuum positiv als verdächtig zu behandeln und ein Beweisverfahren gegen dasselbe einzuleiten, wodurch es öffentlich als eines Verbrechens verdächtig hingestellt wird. Nunmehr hat der Staat das Recht und die Pflicht, ein solches Individuum, wenn es

im öffentlichen Dienste ist, vom Amte zu suspendiren, dasselbe, wenn es der Flucht verdächtig ist, gerichtlich zu verhaften oder nur gegen Sicherheitsleistung freizulassen u. s. f. Aber auch hier ist der Angeklagte noch als freie Persönlichkeit zu achten, und deshalb nicht nur von dem Grunde dieser Akte unvorzüglich in Kenntniß zu setzen, sondern es darf sich auch die Verhaftung nicht zu einer über den Zweck der Detention hinausgehenden Behandlung steigern, und es muß dem Angeklagten volle Freiheit gelassen werden, die Beweise zu seiner Vertheidigung zu sammeln.

Zwar können auch vor dem fraglichen Akte Sicherungsmaßregeln gegen den Verdächtigen geboten sein, welche ohne Gefährdung des Zwecks nicht aufgeschoben werden können. Dann muß aber die Sache mit möglichster Eile so weit gefördert werden, daß jener formelle Akt erfolgen kann. Jedenfalls dürfen aber alle ehrenrührigen Folgen, welche der ausgesprochene Verdacht nach sich zieht, nur eben von diesem Akte, keineswegs aber von den etwa schon vorher erforderlichen vorläufigen Sicherungsmaßregeln abhängig gemacht werden.

Daß nun dieser Akt sein eigenes Organ haben muß, folgt wiederum einfach aus dem Begriffe des Organismus. Dieses Organ muß aber ein aus Rechtsgelehrten bestehendes Gericht sein, weil es sich hier von einem Schlusse aus den faktischen Umständen auf das rechtliche Moment handelt, ein solcher Schluß aber den Geschworenen nicht zusteht.

2) Das Beweisverfahren.

Nach geschlossener Untersuchung tritt das Beweisverfahren ein, dessen wesentliche Aufgabe nun die ist, die in der Untersuchung erlangten objektiven Ergebnisse mit der Subjektivität (der innern Ueberzeugung, dem Gewissen) des Angeklagten oder der ihn vertretenden, das Volksbewußtsein repräsentirenden Geschworenen zu vermitteln. Hieraus ergeben sich wiederum von selbst die näheren Bestimmungen: a) über die Form dieses Verfahrens; — b) über den Inhalt desselben, — und c) über seinen Zweck, womit dann von selbst der Uebergang zum dritten Stadium gesetzt ist.

a) Die Form des Beweisverfahrens ist die der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, während die Untersuchung ihrem Zweck gemäß heimlich und schriftlich vor sich gehen muß. Letzteres ist eben darum ohne Gefahr, weil die Ergebnisse der Voruntersuchung für das entscheidende Gericht keineswegs bindend sind und für sich gar nicht die Eigenschaft von

Beweisstücken haben, da sie erst mittelst ihrer Spiegelung im Gewissen des Angeklagten und der Geschworenen zum Werthe von Beweismomenten erhoben werden. Die Untersuchungsakten bilden daher nur die allgemeine, vorbereitende, für sich rechtlich unwirksame Grundlage des Prozesses, deren Inhalt in der öffentlich mündlichen Verhandlung sofort ein wesentlich anderer, — nämlich eine durch unmittelbare Anschauung vermittelte Bestimmung des freien Selbstbewußtseins wird.

b) Damit dies geschehen könne, muß das gesammte Ergebniß der Untersuchung mit allen dafür aufzubringenden Beweismitteln dem Angeklagten und den Geschworenen anschaulich vorgeführt, — es müssen Urkunden vorgelegt, Zeugen abgehört, Kunstverständige vernommen, es muß überhaupt der fragliche Vorfall nach allen seinen Beziehungen für die Anschauung rekonstruirt werden. Wie schon bei der Untersuchung, so muß natürlich auch hier weder die Ermittlung der Schuld, noch die der Unschuld der einseitige, sondern die Ermittlung der Wahrheit der absolute Zweck sein. — Dies zu kontroliren, dient die Mitthätigkeit des Staatsanwalts auf der einen, die des Angeklagten und seines Vertheidigers auf der andern Seite. Diese Personen erscheinen als die zunächst Geeigneten, um einerseits den Anschuldigungsbeweis, anderntheils den Entschuldigungsbeweis in seiner gehörigen Schärfe vorzulegen und mit der erforderlichen Energie auszuführen. Eben dies ist denn auch ihr Geschäft, jedoch wiederum so, daß das Gericht von ihren im partheilichen Interesse gestellten Anträgen unabhängig bleiben muß, — und zwar sowohl formell, als materiell. Zugleich müssen die Thätigkeiten der partheilichen Interessen vom Gerichte kontrolirt werden.

Und zwar zerlegt sich diese Unabhängigkeit und kontrolirende Thätigkeit des Gerichts näher in die beiden Momente, daß es 1) den rechtsgelehrten Richtern, insbesondere dem Vorsitzenden, überlassen bleiben muß, welche Zeugen, Urkunden und sonstigen Beweismomente als erheblich, und in welcher Ordnung dieselben zugelassen werden sollen, und daß 2) ebenso die Geschworenen nach keiner formellen Beweistheorie abstrakt gebunden sein dürfen, das Vorbringen beider Theile lediglich unter gewisse vorausbestimmte, in objektiven Wahrheitskriterien bestehende Regeln zu subsumiren und hieraus mittelst einer bloßen logischen Operation Schlüsse zu ziehen, — daß sie vielmehr ihr Urtheil letzlich nur nach dem Gesammteindruck der ganzen Rekonstruktion des Vorfalls zu geben haben, so daß alle jene Beweismomente, welche von der einen und der andern Seite, unter der

Kontrole des zugleich von Amtswegen für die Aufhellung der Sache thätigen Gerichts, beigebracht werden, erst in der subjektiven Ueberzeugung (dem Gewissen) der Geschworenen die Eigenschaft rechtlich wirksamer Beweismittel annehmen.

Aus dem Angeführten ergiebt sich zugleich die Vertheilung der Funktionen zwischen den Geschworenen und den rechtsgelehrten Richtern. Erstere nämlich müssen auf die anschauende Theilnahme beschränkt bleiben, während Letztere die Leitung der Verhandlung, insbesondere die Anordnung des Gangs in der Vorlegung der Beweise, sowie die Aufklärung derjenigen Rechtspunkte, deren Kenntniß zur Beurtheilung der Thatfrage im vorliegenden Falle nothwendig ist, zu besorgen haben.

c) Der Zweck des ganzen Beweisverfahrens ist endlich, durch die objektive Rekonstruktion des Faktums in ihrem Gesammteindruck die Entscheidung der subjektiven Ueberzeugung (des Gewissens) hervorzurufen, ob sie den Angeklagten schuldig oder unschuldig finde. Diese Entscheidung kann nun erfolgen: entweder durch ein Geständniß des Angeklagten, oder durch den Wahrspruch der sein Gewissen vertretenden Geschworenen. Dieses Geständniß oder diesen Wahrspruch herbeizuführen, ist mithin der Zweck des Beweisverfahrens. Jedoch nicht ein Geständniß überhaupt, sondern nur ein glaubwürdiges, da nur ein solches den Ausspruch des Volksgewissens überflüssig macht. Es muß daher ein erfolgtes Geständniß immer erst durch die rechtsgelehrten Richter geprüft werden, und nur dann, wenn es sich bei dieser Prüfung als glaubwürdig erweist, schneidet es dieses Prozeßstadium ab, während, wo dies nicht der Fall ist, die Geschworenen diese Aeußerung der Subjektivität als nicht geschehen zu betrachten und den Gesammteindruck ebenso abzuwarten haben, wie in dem Fall, wenn der Angeklagte nicht gesteht.

Weil nun aber die Geschworenen hiernach überall nur als Stellvertreter des Gewissens des Angeklagten in Thätigkeit zu treten haben, so muß auch diesem von Anfang an das Recht zustehen, diejenigen derselben zu rekusiren, auf deren Unpartheilichkeit er kein Vertrauen hat, ohne daß er gehalten wäre, diese Rekusation durch objektive Beweisgründe zu rechtfertigen. Andererseits muß zwar auch die Staatsbehörde das Rekusationsrecht haben, allein nur in dem Umfang und unter den Bedingungen, wie der Angeklagte die rechtsgelehrten Richter perhorresziren darf.

3) Das Urtheil.

Die Folge des Beweisverfahrens ist das Urtheil, welches einestheils die Entscheidung darüber, ob das fragliche Verbrechen begangen worden und ob es in einer Schuld des Angeklagten begründet gewesen sei, — anderntheils die Subsumtion des Faktums unter das Gesetz zu enthalten hat. Ersteres auszusprechen ist die Sache der Geschworenen, welche sich über die einschlagenden Rechtspunkte von den rechtsverständigen Richtern Belehrung zu holen haben. Letzteres dagegen steht allein diesen zu. An dem Urtheil sind hervorzuheben: a) die Funktionen, wodurch es zu Stande kommt, b) seine Arten, c) seine Folgen.

a) Das Urtheil unterscheidet sich im Allgemeinen in die Entscheidung der Thatfrage und die Entscheidung der Rechtsfrage. In der ersten liegt theils der Ausspruch darüber, ob der fragliche Vorfall selbst als wirklich geschehen anzunehmen sei oder nicht, theils der Ausspruch darüber, ob die denselben begründende Handlung dem Angeklagten zur Schuld zuzurechnen sei oder nicht.

Diese beiden Momente können nun durch das Geständniß des Angeklagten erledigt und dadurch das Urtheil der Geschworenen über die Thatsache überflüssig gemacht werden. Denn das Urtheil über die Schuld ist überhaupt nichts Anderes, als die Erklärung, daß die menschliche Freiheit in irgend einer äußerlichen Erscheinung sich wiederfinde oder nicht. Erklärt nun der Angeklagte selbst, daß er die Handlung begangen habe und sich die Schuld derselben zurechne, so ist, falls er zurechnungsfähig ist, die Thatfrage bereits entschieden, und es braucht nur noch die Handlung unter das Gesetz subsumirt zu werden. Allein dies setzt voraus, daß das Geständniß sich als glaubwürdig erweise, daher hierüber immer noch eine Prüfung vorhergehen muß. Glaubwürdig ist nun ein Geständniß, wenn es vollkommen freiwillig abgelegt ist, und wenn es mit dem objektiven Ergebnisse der stattgehabten Untersuchung zusammenstimmt, oder, wo die Untersuchung ein bestimmtes Resultat nicht gehabt hat, wenigstens in sich selbst, in seinen Einzelnheiten wahrscheinlich ist. Diese Prüfung steht aber (s. o.) den Geschworenen deshalb nicht zu, weil die Geschworenen überhaupt nur das Gewissen des Angeklagten zu vertreten bestimmt sind, daher ihre Thätigkeit ausgeschlossen wird, sobald der Angeklagte das Verbrechen selbst auf sich nimmt. Dies kann allerdings ohne Grund geschehen; aber die Beurtheilung dieser Grundlosigkeit geht

nach objektiven Kriterien vor sich und steht daher dem juristischen Element im peinlichen Gerichte zu.

Erfolgt dagegen kein Geständniß, oder wird dasselbe nicht glaubwürdig befunden, dann haben die Geschworenen das Gewissen des Angeklagten zu vertreten und über die Thatfrage ihren Wahrspruch abzugeben, — in der doppelten Richtung, ob sie das Faktum überhaupt als geschehen annehmen, und ob sie die dasselbe bedingende Handlung dem Angeklagten zur Schuld zurechnen.

Sofort, d. h. wenn entweder ein als glaubwürdig befundenes Geständniß vorliegt, oder in Ermanglung eines solchen die Geschworenen über die Thatfrage sich bejahend ausgesprochen haben, tritt die Thätigkeit der rechtsgelehrten Richter ein, welche, wenn die Geschworenen die Thatfrage verneint haben, bloß formell ist, — die Entscheidung der Rechtsfrage. Im ersteren Falle besteht diese Funktion in der Subsumtion der Handlung unter das Strafgesetz. Sie kann hier noch ebensowohl ein lossprechendes, als ein Strafurtheil zum Ergebniß haben. Hat sie ein Strafurtheil zum Erfolge, so erfordert sie noch eine Prüfung des Falls hinsichtlich der Ausmessung der Strafe.

Mithin fällt weder die Rechtsfrage rein der juristischen, noch die Thatfrage rein der Funktion der Geschworenen zu. Gleichwohl aber bleibt der Unterschied zwischen den beiden Elementen ein wesentlicher, sofern die Geschwornenen als Organ des freien menschlichen Selbstbewußtseins, die rechtsgelehrten Richter dagegen als Organ des objektiven Staatswillens thätig sind. Das Urtheil ist die Einheit beider Momente, d. h. das Gesetz kann nur auf denjenigen angewendet werden, welchen sein eigenes Selbstbewußtsein oder statt dessen das Volksgewissen schuldig spricht. So wie nun dieses Selbstbewußtsein des Angeklagten oder der ihn Vertretenden voraussetzt, daß darin der allgemeine Staatswille, die Norm des Gesetzes lebendig sei, mithin die Entscheidung der Thatfrage nie ohne Beziehung auf den Rechtspunkt erfolgen kann, ebenso setzt andererseits die Anwendung des Gesetzes, als die Durchführung der abstrakten Norm in einem konkreten Fall, eine relativ selbständige Prüfung der thatsächlichen Momente dieses Falles durch die rechtsgelehrten Richter voraus, welchen aber das gesetzlich zu Stande gekommene Urtheil der Geschworenen zur unabänderlichen Grundlage dient.

b) Das Urtheil kann, seinem Inhalte nach, nur entweder ein freisprechendes, oder ein verurtheilendes sein. Denn zwischen

Schuld und Nichtschuld liegt nur der Verdacht in der Mitte. Dieser ist aber seiner Natur nach das Nichtbeweisbare, weil er, wenn sein Grund bewiesen werden könnte, aufhören würde, Verdacht zu sein. Der Verdacht kann daher zwar vom Staate in Form der Sicherheitspolizei zum Motive seiner Thätigkeit gemacht werden, weil diese eben nur die Möglichkeit des Verbrechens zum Gegenstande hat. Dagegen ist das Objekt der Rechtspflege durchaus nur das wirklich gewordene, konkret bestimmte Unrecht, welches für den Staat nur als bewiesenes vorhanden ist.

c) Die sich von selbst ergebende Folge des Urtheils ist endlich seine Vollstreckung, deren Besorgung dem Staatsanwalte zusteht. Diese Folge setzt aber die Rechtskraft des Urtheils voraus, welche demselben nicht schlechthin zukommt. Vielmehr wird das Urtheil erst rechtskräftig, d. h. vollstreckbar, wenn sowohl der Angeklagte, als die Staatsbehörde binnen einer bestimmten Frist sich dabei beruhigt haben.

Da nämlich das peinliche Gericht, als einzelnes, auch ein besonderes ist, so kann auch seine Entscheidung eine bloß besondere, nicht durch den wahrhaft allgemeinen Willen bestimmte sein. Weil dieselbe aber vielmehr ihrem Begriffe gemäß die Natur der Allgemeinheit haben soll, so muß die Abänderung einer solchen im einzelnen Fall bloß besondern Entscheidung möglich, und es müssen eigene Organe vorhanden sein, vermittelst deren eine solche Abänderung bewirkt werden kann.

Hiebei unterscheidet sich nun aber der Ausspruch der Geschworenen wesentlich von dem der rechtsgelehrten Richter. Jener ist auf seiner konkreten Grundlage seiner Natur nach unumstößlich, was seinen Inhalt betrifft. Denn das Volksgewissen hat sich ausgesprochen, und insoweit ist daher das Urtheil nie ein bloß partikuläres, sondern ein allgemeines. Wohl aber kann auch der Ausspruch der Geschworenen insofern ein bloß besonderer, daher als unrichtig anzufechtender sein, als entweder eine Versäumniß gesetzlich wesentlicher Formen, oder verbrecherisches Benehmen der Geschworenen, oder die Falschheit der konkreten Grundlage ihres Urtheils nachgewiesen werden kann. Denn in diesen Fällen ist es entweder in der That nicht das Volksgewissen, welches sich ausgesprochen hat; oder dasselbe hat sich zwar ausgesprochen, aber es befand sich dabei in einem wesentlichen Irrthum, den es nicht abwenden konnte, z. B. es wurden falsche Urkunden oder Zeugen produzirt, falsche Gutachten von Sachverständigen abgegeben u. s. f. In solchen Fällen muß sowohl der Angeklagte, als die Staatsbehörde das Recht haben, eine neue Verhandlung

zu fordern. — Läßt sich dagegen nur nachweisen, daß auf vorliegende unmangelhafte Beweismomente hin die Geschworenen irrig entschieden haben, so muß ihrem Ausspruche dieselbe Bedeutung beigelegt werden, wie einem mangelhaften Geständnisse, welches dem Angeklagten niemals zum Nachtheile gereichen darf. Es kann daher in solchem Fall der Angeklagte, der sich beschwert findet, die Kassation nachsuchen, oder es können die rechtsgelehrten Richter von Amtswegen die Sache an ein anderes Geschworenengericht verweisen. Dagegen steht der Staatsbehörde hier kein Recht zur Berufung zu.

Umgekehrt ist der Ausspruch der rechtsgelehrten Richter stets der Kassation unterworfen, welche sowohl der Angeklagte, als die Staatsbehörde nachsuchen kann, weil diese Entscheidung auf einer von objektiven Wahrheitskriterien bestimmten Reflexionsthätigkeit beruht, wogegen — abgesehen von jenen Fällen, in welchen nur scheinbar ein Ausspruch des Volksgewissens vorliegt, — der Ausspruch der Geschworenen selbst dann, wenn er dem Inhalt nach mangelhaft ist, wenigstens für die Subjektivität ein Heiliges bleiben, d. h. zu Gunsten des freigesprochenen Subjekts unumstößlich sein muß.

Zweites Kapitel.

Die Gebrechen des bestehenden Rechts und die Vorurtheile der bestehenden Rechtswissenschaft.

---

1) Unklarheit über das Prinzip des Verfahrens.

In der Einleitung ist der Grund angegeben worden, warum die bestehende Rechtswissenschaft sich so schwer dazu entschließt, die Verwerflichkeit des bestehenden Prozeßrechts einzusehen und die Nothwendigkeit einer grundsätzlichen Reform anzuerkennen. Sie glaubt, und nicht mit Unrecht, durch eine solche grundsätzliche Umänderung sich selbst bedroht; sie fürchtet, mit sammt ihrem Erzeugnisse selbst unterzugehen, und will daher um jeden Preis das System der bloßen Einräumungen festhalten; ins-

besondere aber wehrt sie sich mit richtigem Takte vor allem gegen das Geschworenengericht, weil sie wohl einsieht, daß mit dessen Einführung gerade das geschehen wird, was sie mit aller Macht vermieden zu sehen wünscht, die Befreiung des Rechts aus dem Alleinbesitz der Juristenkaste, und seine Wiedergabe an das Volk. [1] Ihr Widerstand ist ihr aber lange Zeit hindurch von Seiten ihrer Gegner durch die Art, wie diese das bestehende Recht bekämpften, gar sehr erleichtert worden. Denn es ist fast unglaublich, mit welcher Unwissenheit und Frivolität von vielen Seiten aus dieser Angriff unternommen wurde, selbst in Arbeiten besserer Schriftsteller, welche philosophische Oberflächlichkeit, welche geschichtliche Ungründlichkeit dabei zu Tage kam. Wie oft wurde nicht der inquisitorische Prozeß in Bausch und Bogen als reine Erfindung pfäffischer Hinterlist und knechtischen Juristengeistes verflucht! Wie oft hörte man nicht die unwahre Phrase, daß die Jury ein altdeutsches Institut sei! Noch immer sieht man den Strafprozeß der römischen Republik mit dem modernen englischen und französischen ruhig auf Eine Linie gestellt, die Begriffe des Schöffengerichts und der Jury durcheinander geworfen. Noch immer sieht man das bestehende Recht auf Punkten angegriffen, welche den Angriff nicht verdienen, während seine wirklichen Blößen unberücksichtigt bleiben. Darf man sich dann verwundern, wenn man die Leute vom Fach über so jämmerliches Beginnen die Achseln zucken und nur mit einem aus Furcht und Mitleid gemischten Gefühle zu einzelnen Einräumungen an die aufgeregte öffentliche Meinung, der sie im Geheimen alle wissenschaftliche Berechtigung absprechen, sich herbeilassen sieht?

Indessen haben die Gelehrten kaum minder zur Verwirrung der Frage beigetragen, indem sie dieselbe mit philosophischer Halbheit und bloß pragmatischer Geschichtskenntniß erörterten und dadurch zu Resultaten kamen, die das öffentliche Urtheil nur noch mehr irreführen mußten. Insbesondere ist dadurch der Nachtheil entstanden, daß man auf verschiedene höchst unfruchtbare Versuche verfallen ist, nach bloßen Symptomen zu kuriren, anstatt die Wurzel des Uebels zu berühren, und sich eingebildet hat, mit Transaktionsexperimenten durchdringen, Oeffentlichkeit, Mündlichkeit und Jury trennen, überhaupt den Pelz waschen zu können, ohne ihn naß zu machen.

[1] Dies ist namentlich der Standpunkt der nicht ohne Talent, aber mit einem großen Uebermaß von Dünkel geschriebenen strafrechtlichen Fragen der Gegenwart. 1. St. Heidelberg 1847.

Ehe die Erörterung weiter gehen kann, müssen die Hauptirrthümer die in jener Richtung zum Vorschein gekommen sind, bezeichnet und abgewiesen werden, damit der Blick sich ungestört auf den Hauptsitz des Uebels richten könne. Da jene Hauptirrthümer nun neuestens besonders in den zwei in der Einleitung erwähnten Schriften von Mittermaier und Zachariä sich zusammengefaßt finden, so wird sich die Darstellung derselben eben diesen, ohne Zweifel viel gelesenen, Schriften anschließen dürfen. [1]

Der Grundirrthum ist der, daß diese und andere Juristen gewöhnlich das Prinzip des Verfahrens mit bloßen Formen desselben verwechseln. Sie unterscheiden das Anklageprinzip von dem Untersuchungsprinzip. Letzteres identifiziren sie sofort mit dem Prinzip unseres bestehenden Prozesses, welcher doch in Wahrheit nur eine fratzenhafte Abart des naturgemäß entwickelten Untersuchungsverfahrens bildet; und so kommen sie zu der Forderung, daß unser Prozeß das Untersuchungsprinzip aufgeben und das Anklageprinzip annehmen, oder gar daß er beide Prinzipien in sich vereinigen soll, wovon das Erste eine geschichtliche, das Letzte eine logische Unmöglichkeit ist. Wer sich das Wesen des Anklageprinzips entwickelt, der muß zu der Einsicht gelangen, [2] daß es den antiken Staat zu seiner Voraussetzung hatte, während mit dem germanischen das Untersuchungsprinzip gesetzt (freilich nicht auch sofort entwickelt) ist, wozu in der Zersetzung der antiken Staatselemente im römischen Kaiserreich bereits der Uebergang gemacht wurde. Es ist daher nur verwirrend, irgendwo im entwickelten germanischen Staate von einer Herrschaft des Anklageprinzips zu reden, wenn gleich sich akkusatorische Formen (und mit Recht) hier finden. Ein Nebeneinanderbestehen beider Prinzipien aber ist schlechthin undenkbar.

Was nun vorerst Mittermaier betrifft, [3] so sagt er, das Wesen des Anklageprinzips liege nicht in dem Umstand, daß eine durch das Verbrechen beschädigte Person die Anklage verfolge; sonst würde das Verfahren, in welchem ein öffentlicher Ankläger auftrete, nicht als Anklage-

[1] S. meine Artikel in den Jahrb. der Gegenw. 1845. Hft. 10. S. 905 bis 918. 1847. Hft. 4. S. 297—318. Biener, Abh. 2. S. 6 unten.

[2] Biener, Abh. 2. S. 35. 38. S. auch die strafrechtlichen Fragen der Gegenwart. St. 1. S. 13—94, die aber freilich in das entgegengesetzte Extrem abirren.

[3] Vgl. Strafverfahren I. §. 32, wo freilich von irgend einem festen Prinzip nichts zu finden ist.

prozeß betrachtet werden können. Eben hierin scheint der letzte verborgene Grund seines Irrthums zu liegen. Er raisonnirt so: der deutsche Prozeß ist Untersuchungsprozeß; dieser hat große Mängel; wir müssen daher sein Gegentheil herbeiwünschen, welches offenbar bloß der Anklageprozeß sein kann; wir wollen zwar nicht den antiken Prozeß wieder aufleben machen, wir wollen vielmehr ein Verfahren mit Staatsanwaltschaft; da aber der Staatsanwalt als öffentlicher Ankläger thätig ist, warum sollten wir diesen Prozeß nicht ebensogut Anklageprozeß nennen, als denjenigen, welcher von einem Privatankläger ausgeht? Da nun ferner ein solcher Prozeß von dem des gemeinen deutschen Rechts sehr wesentlich unterschieden ist, so werden wir wohl annehmen dürfen, daß diese Verschiedenheit eine prinzipielle sei; und, wenn sich dies so verhält, so dürften wir nicht fehl gehen, wenn wir eben die verschiedene Form des Verfahrens, die den am ersten in die Augen fallenden Unterschied darbietet, zur Dignität des Prinzips erheben und mithin dem mit dem Untersuchungsprozeß überhaupt identischen deutschen Verfahren jenes andere als das auf dem Anklageprinzipe beruhende Verfahren entgegensetzen.[1]

Der Grundfehler in diesem, oft wiederholten Raisonnement liegt offen zu Tage. Er besteht in der gänzlich unberechtigten Identifikation des gemeinen deutschen Prozesses mit dem Untersuchungsprozesse überhaupt, während doch jener nur eine Abart des letztern ist. In Wahrheit bildet aber den Gegensatz des deutschen Prozesses nicht der Anklageprozeß, sofern man darunter das auf dem Anklageprinzipe beruhende Strafverfahren versteht; sondern der deutsche mit dem englischen und französchen &c., überhaupt der moderne (germanische) Prozeß steht als Untersuchungsprozeß im Gegensatze zu dem Anklageprozesse der alten Welt, welcher durch das Recht der römischen Kaiserzeit hindurch zu dem ersteren einen Uebergang fand. Innerhalb des Untersuchungsprinzips dagegen steht allerdings der gemeine deutsche Prozeß im Gegensatz zu dem englischen, französischen &c., sofern in jenem das Untersuchungsprinzip zur Fratze verzerrt, in den letzteren dagegen organisch durchgebildet ist. Zuzugeben ist, daß der englische Prozeß[2] das Mißverständniß erleichtern kann, sofern in ihm, freilich zum Leidwesen denkender englischer Rechtsgelehrten, das Institut der

[1] Auf dieser Verwechslung beruht bei Leue, Anklageprozeß, das ganze Buch.

[2] Indessen sind die Aehnlichkeiten des englischen Rechts mit dem römischen, wie man sie vorzubringen pflegt (z. B. Möhl, Geschworenengericht S. 48 f.), doch nur oberflächliche. S. das 3te Kap.

Staatsanwaltschaft, d. h. der vom Staat offiziell ausgehenden Verfolgung der Verbrechen fehlt, und infolge des Vorwiegens des Rechts der bürgerlichen Freiheit überhaupt die Analogie des bürgerlichen Rechtsstreits auf höchst unzuläßige Weise begünstigt ist. Allein das Mißverständniß bleibt darum doch, was es ist, und, hält man sich an den französischen Prozeß, so begreift man kaum, wie aus dem ganz äußerlichen und untergeordneten Momente der Anklageform ein Schluß auf die Herrschaft des Anklageprinzips gemacht werden kann.[1] Durch jene Form ist im französischen Prozeß das Untersuchungsprinzip so wenig beeinträchtigt, daß sie vielmehr gar keine weitere Bedeutung hat, als die, der vernünftigen Scheidung der verschiedenen dem Staate im Strafverfahren obliegenden Funktionen zum Vehikel zu dienen. Wäre dem nicht so, dann müßte offenbar im französischen Prozesse der Richter indifferent zwischen dem Ankläger und dem Angeklagten stehen, und diese müßten die Stellung der Partheien im bürgerlichen Rechtsstreit haben, wovon bekanntlich das Gegentheil der Fall ist. Auch wird von M. nicht in Abrede gestellt, daß sowohl die Thätigkeit des Inquirenten, als die des Assisepräsidenten im französischen Verfahren durch das Untersuchungsprinzip bestimmt ist.

Freilich meint nun M., die Befolgung der Verhandlungsmaxime gehöre nicht zum Wesen des Anklageprozesses; derselbe bestehe nicht darin, daß der Richter die Stellung des Richters im bürgerlichen Rechtsstreite habe, d. h. an die Anträge der Partheien gebunden sei, so daß er ohne einen solchen Antrag keine prozessualische Handlung vornehmen dürfe. Allein dieß heißt geradezu soviel, als: das Wesen des Anklageprozesses besteht nicht darin, durch das Anklageprinzip bestimmt zu sein. Zwar meint M., der römische Anklageprozeß, der gerade unter diese Kategorie gehört, werde mit Unrecht als eine bloße Nachbildung des bürgerlichen Prozesses betrachtet. Allein, wie wenig er hier das Wesen des römischen Prozesses würdigt, das geht schon daraus hervor, daß er kein Bedenken trägt, ihn mit dem auf einer ganz andern Weltanschauung beruhenden englischen und französischen Verfahren zusammenzustellen. In der That war aber der römische Anklageprozeß, so lang er vom Anklageprinzip beherrscht war, d. h. der für römische Bürger berechnete Prozeß der Re-

[1] Die Aufstellungen bei Biener, Abh. 2. sind nicht glücklich, weil er, obwohl er das Anklageprinzip verwirft, es doch nicht zu bemeistern weiß, und dadurch die Stellung des Staats im Strafprozesse sehr unklar macht. Vgl. z. B. S. 102. 103.

publik (nicht der Prozeß der Kaiserzeit), wesentlich dem bürgerlichen Prozeß ähnlich, nur mit dem Unterschiede, daß der anklagende Bürger relativ das ihm immanent gedachte Gemeinwesen mit vertrat. Was hie und da zum Gegenbeweise vorgebracht wird, ist, kritiklos genug, aus dem Prozesse der Kaiserzeit genommen, in welchen bekanntlich das Untersuchungsprinzip mit Macht einzudringen begann,[1] so daß die Anklageform am Ende zur wesenlosen Aeusserlichkeit wurde. In dem wahren römischen Anklageprozesse, dem des Freistaats, herrschte noch gar nicht der Zweck der abstrakten Rechtsverwirklichung, und eben darum auch nicht das spezifische Streben nach der sogenannten materiellen Wahrheit.[2] Allerdings fiel es wohl den Römern nicht ein, ihren republikanischen Strafprozeß als einen bloßen Rechtsstreit zwischen zwei Privaten anzusehen; sondern der Ankläger vertrat das Gemeinwesen, weshalb denn auch das Anklagerecht allen Bürgern, d. h. allen Organen des Staatswillens gemeinsam war. Aber eben, weil man den Staatswillen noch unmittelbar durch die einzelnen Bürger vertreten dachte, so konnte man nicht etwa denselben zugleich als für sich abgesondert in einem von Amtswegen verfahrenden Gerichte fixiren wollen, was gegen die ganze Rechts- und Staatsanschauung angestoßen hätte; sondern das Gericht mußte dieselbe indifferente Stellung einnehmen, wie im bürgerlichen Prozeß, der Ankläger (das Gemeinwesen mit vertretend) und der Angeklagte mußten als Parthieen erscheinen, wie im bürgerlichen Prozeß, für den Beweis der Anklage mußte der Erstere sorgen, für den Beweis der Unschuld der Letztere, alle Aktivität kam den Parthieen zu, während das Gericht sich passiv verhielt, durch den Rücktritt des Anklägers wurde der Angeklagte frei, eben wie dieser durch freiwilliges Exil über sich selbst entscheiden konnte u. s. f.

Muß hiemit die Berufung auf den römischen Strafprozeß als eine verfehlte gelten, so steht es noch schlimmer aus, wenn man sich eben nur an die Natur der Sache hält. Soll das Anklageprinzip einen Sinn haben, so muß es doch wohl eben als Prinzip den gesammten Gang des Verfahrens bedingen; und es ist verkehrt, von einem Anklageprinzip da zu reden, wo von einmal gestellter Anklage an der ganze Verlauf des

[1] S. Geib, Geschichte des römischen Kriminalprozesses.

[2] S. meinen Artikel in den konstit. Jahrb. 1843. II. Die strafrechtlichen Fragen der Gegenwart S. 15. 16. werfen beide Perioden kritiklos durcheinander, um auch der republikanischen das Untersuchungsprinzip einigermaßen vindiziren zu können, freilich ohne Beweis.

Prozesses gerade durch das entgegengesetzte Prinzip bestimmt wird. Soll es wirklich Prinzip sein, so muß gefordert werden, nicht allein daß die Entstehung des Prozesses von einer Anklage — und zwar von einer Privatanklage — abhängig sei (denn durch einen öffentlichen Ankläger wird ja begreiflich das Verfahren von Amtswegen eingeleitet), sondern daß auch der gesammte weitere Verlauf wesentlich von der Thätigkeit des Anklägers und des von ihm auf den Schauplatz gerufenen Angeklagten abhängig bleibe, daß die Parthieen allein für die Beibringung der Beweise sorgen, daß sie eben im technischen Sinne Partheien seien und das Gericht sich indifferent verhalte, daß die Verhandlungsmaxime herrsche, kurz daß der Staat sich ganz in seiner Vertretung durch den Privatankläger genügen lasse. Wo nicht, so schneidet man dem Anklageprinzip das Herz aus; man hat eine bloße Anklageform, die man irrthümlich zum Prinzip aufschraubt.

Es bleibt nur Eines übrig, was man etwa noch zur Rechtfertigung anführen könnte, nämlich der dem englischen und französischen Verfahren angehörige Grundsatz, daß dem Angeschuldigten stets eine bestimmte Beschuldigung mitgetheilt, und das Verfahren auf die Verhandlung derselben und die Benützung der Mittel der Ueberweisung beschränkt sein muß, während man nach gemeinem deutschen Rechte sich mit einer allgemeinen Beschuldigung eines verübten Verbrechens zur Einleitung einer Untersuchung begnügt, dem Angeschuldigten von der Beschuldigung nur so viel mittheilt, als dem Inquirenten zweckmäßig dünkt, und die Richter zuletzt nach den Ergebnissen sämmtlicher irgendwie durch die Untersuchung ausgemittelten Thatsachen das Urtheil fällen. Allein der Satz, daß die in der Anklage bezeichnete Beschuldigung die ausschließliche Grundlage der Verhandlung und Urtheilsfällung bilden müsse, ist keine ausschließliche Folge des Anklageprinzips. Lange Zeit hindurch bestand auch in dem Inquisitionsprozeß des kanonischen Rechts [1] der löbliche Gebrauch, daß an die Stelle des Anklagelibells nur eben ein Untersuchungslibell trat, daß dem Angeschuldigten bei der Versetzung in den Anschuldigungsstand die Anschuldigungspunkte, sowie die Namen der Angeber und Zeugen offen mitgetheilt wurden, hiemit auch das Verfahren auf dieser Grundlage fixirt blieb; — wer wird aber deshalb behaupten wollen, der von Innocenz III. geschaffene Inquisitionsprozeß sei eigentlich seinem Wesen

[1] C. 21. 24. 26. X. de acc. Biener, Beiträge S. 92.

nach Anklageprozeß gewesen? Wird daher der gleiche Grundsatz vom englischen und französischen Verfahren anerkannt, so ist es keineswegs zulässig, daraus zu schließen, daß in diesem Verfahren das Anklageprinzip herrsche. Der Grund des Irrthums liegt offenbar wieder nur darin daß der Untersuchungsprozeß überhaupt mit dem des gemeinen deutschen Rechtes [1] ohne allen Grund verwechselt wird. Die anorganische Eigenschaft des letzteren zeigt sich unter anderem namentlich darin, daß der Inquirent zugleich Ankläger und Untersuchungsrichter ist, daher nicht auf die Untersuchung derjenigen Verbrechen beschränkt wird, wozu er durch einen speziell zur Verfolgung der Verbrechen angestellten Staatsbeamten aufgefordert wird. Allein es ist eben kritiklos, diese Verwechslung vorzunehmen und infolge davon einen innerhalb des Untersuchungsverfahrens selbst stattfindenden Gegensatz aus demselben hinauszuverlegen und das Anklageprinzip ohne alle Noth zur Aushilfe zu nehmen. Richtig ist, daß der fragliche Grundsatz im wahren Anklageprozeß sich gleichfals findet, ja daß er in diesem geradezu unentbehrlich ist. Falsch ist es aber, wenn er diesem ausschließlich vindizirt wird. Die Sache verhält sich vielmehr einfach so: Der Untersuchungsprozeß hat sein Wesen darin, daß der Staat es nicht den Einzelnen überläßt, die Verfolgung und Bestrafung von Verbrechen herbeizuführen, sondern daß er Beamte aufstellt, die von Amtswegen, im unmittelbaren Interesse und als unmittelbare Organe des Staats hiefür thätig sein müssen. Dieser Prozeß kann nun organisch gegliedert sein, oder nicht. Im ersteren Fall werden die verschiedenen Interessen, die im Strafprozesse wesentlich ihre Befriedigung suchen, auch ihre verschiedenen Organe haben, es werden also auch die partheilichen Interessen ihre relativ selbstständige Vertretung finden, insbesondere wird aber die Funktion der Aufsuchung und Verfolgung des Verbrechens, welche ein einseitiges Interesse involvirt, von der Funktion seiner Untersuchung, welche die höchste Unpartheilichkeit fordert, formell vollständig getrennt sein müssen; es wird also jene einem besondern Beamten, dem Staatsanwalte zu übertragen, und, da wesentliche unterschiedene Momente in einem Organismus auch in ihren Funktionen gegen einander relativ selbständig sein müssen, das Verfolgen des Verbrechens als eigenthümliches Geschäft dem Staatsanwalte zuzutheilen sein, so daß nur im Noth-

[1] Vgl. Oestreich. Gb. über Verbrechen §. 341. 342. Bair. Straf.-Gb. II. Art. 110. 111. Preuß. Krim.-O. §. 416. 417.

falle auch der Untersuchungsrichter Handlungen dieser Art vornehmen darf, während er für die Regel darauf beschränkt bleiben muß, nur das zu untersuchen, zu dessen Untersuchung der Staat durch seinen Anwalt ihn auffordert.[1] Zu all dem bedarf es aber keineswegs der Herbeiziehung des Anklageprinzips, wodurch nur Verwirrung in die Sache kommt. Vielmehr kommt es nur darauf an, dem Untersuchungsprinzip seine richtige Durchführung zu geben; dazu ist dann aber nöthig, nicht allein, daß die beiden Organe für die Aufsuchung und Verfolgung der Verbrechen einerseits, und für die Untersuchung andererseits, ausgeschieden werden, sondern auch daß beide die richtige Stellung zu einander erhalten müssen,[2] so daß sie zusammenwirken, und doch jedes seinen Kreis relativ selbständig erfüllt; woraus denn folgt, daß einerseits der Inquirent an die Grundlage der Anklage gebunden bleiben muß, andererseits derselbe nach einmal erhobener Klage nicht an die besondern Anträge des öffentlichen Anwalts gefesselt bleiben darf.

Viel einseitiger, schroffer, systematischer, als von Mittermaier, ist der in Rede stehende Grundirrthum von Zachariä verfochten worden. Gerade die konsequente Durchführung mußte aber von selbst den besten Beweis für die Unhaltbarkeit der Ansicht liefern. Diese geht in der Hauptsache dahin, daß man bisher das Wesen des Anklageprinzips und des Untersuchungsprinzips ganz falsch aufgefaßt habe; insbesondere sei es ganz irrig, unter dem letzteren das Prinzip der Verfolgung der Verbrechen von Staatswegen zu verstehen. Der Gegensatz von amtlicher Verfolgung sei vielmehr die auf Privatwillkühr beruhende Verfolgung der Verbrechen; diese könne aber aus zwei Gründen nicht als logischer Gegensatz des Untersuchungsprinzips angenommen werden, — einmal: weil es doch an sich nicht undenkbar wäre, Privatwillkühr auch zu einem inquisitorischen Verfahren zu ermächtigen, sodann: weil in der Geschichte oft genug die amtliche Verpflichtung zur Verfolgung des Verbrechens im Interesse des Staats mit der Festhaltung des Anklageprinzips verbunden vorkomme.

Allein Z. sagt selbst, daß gesetzlich die Privatwillkühr immer unbedingt in den akkusatorischen Weg gewiesen worden sei. Er selbst gesteht, daß eine Verbindung zwischen Privatwillkühr und inquisitorischem Prinzip in der Geschichte nirgends vorkomme. Daraus hätte er denn doch

[1] Vgl. Biener, Abh. 2. S. 90—102.
[2] Dies ist freilich im französischen Rechte nicht vollständig der Fall.

wohl abnehmen können, daß ein gewisser engerer Zusammenhang zwischen amtlicher Verfolgung des Verbrechens und Untersuchungsprinzip auf der einen, und zwischen von Privatwillkühr ausgehender Verfolgung des Verbrechens und Anklageprinzip auf der andern Seite zum wenigsten der Logik der Geschichte nicht fremd sei. Nun meint er zwar, eine Ermächtigung der Privatwillkühr zu inquisitorischem Verfahren sei wenigstens nicht undenkbar, obgleich die Sache alles Mögliche gegen sich hätte, — und eine Verbindung akkusatorischer Formen mit dem Prinzip der Verfolgung der Verbrechen von Amtswegen sei mehrfach in der Geschichte vorgekommen. Allein das Erstere braucht keiner Erwiederung; und, was das Letztere betrifft, so läugnet das Niemand; nur ist nicht zuzugeben, daß hier vom Anklageprinzip gesprochen werden dürfe, da vielmehr in den betreffenden Fällen von einer bloßen Form des Verfahrens die Rede ist, während das Prinzip desselben in der amtlichen Verfolgung des Verbrechens besteht.

Will man von einem Anklageprinzip sprechen, so kann man, wie schon gesagt, doch wohl nichts Anderes darunter verstehen, als dies, daß die Verfolgung des Verbrechens von der Willkühr eines Anklägers abhängig gemacht, daß der Verlauf des ganzen Prozesses nach der Maxime des bürgerlichen Verfahrens eingerichtet, daß das Gericht indifferent in die Mitte gestellt, kurz daß das Anklagen nicht bloße Form eines durch ein anderes Prinzip beherrschten Verfahrens ist, sondern darin das bedingende Grundelement für alles Weitere liegt. Dies ist aber eben nur da der Fall, wo die Anklage in die Privatwillkühr gestellt ist, nicht aber da, wo der Staat ein dazu verpflichtetes Organ stellt, da im letztern Fall das Verzichtsprinzip, welches dem Anklageprozesse wesentlich ist, schlechthin ausgeschlossen wird. Deshalb kann nur im ersten Falle von Anklageprinzip gesprochen werden, während im letzteren die Anklageschaft nicht mehr den Werth eines Prinzips hat, sondern einem höheren Prinzipe untergeordnet ist. Eben deshalb ist aber auch klar, daß man die Herrschaft des Anklageprinzips und einen lediglich hierauf gebauten Strafprozeß nur in der antiken Welt suchen darf, weil nur hier eine Ueberlassung der Verfolgung der Verbrechen an die Privatwillkühr möglich war. Muß ja doch auch Z. zugeben, daß nur unter letzterer Voraussetzung die Anklageform unbedingt überall in der Geschichte vorkommt. — Umgekehrt ist das Untersuchungsprinzip nie und nirgends in Verbindung mit der an die Privatwillkühr überlassenen Verfolgung des Verbrechens aufgetreten. Und eben deswegen haben die besten Schriftsteller immer angenommen und

nehmen noch heute an, daß überall in der Geschichte, wo eine amtliche Verfolgung des Verbrechens eintrete, ein Umschlagen des Anklageprinzips in das Untersuchungsprinzip angezeigt sei. Dieses Prinzip ist in demselben Maße das höhere und reifere gegenüber dem Anklageprinzip, als überhaupt der germanische Staat einen Fortschritt gegenüber dem der alten Welt darstellt. Eben deshalb ist es aber ein unverlierbares, und es kommt keineswegs darauf an, es wegzuschaffen und ein anderes an seine Stelle zu setzen, sondern nur darauf, es von den Auswüchsen zu reinigen, die es auf deutschem Boden unter ungünstigen Verhältnissen angenommen hat.[1]

Da nun Z. alle guten Seiten (wie z. B. das Streben nach materieller Wahrheit rc.), welche die gewöhnliche Ansicht dem Untersuchungsprinzip zuschreibt, unter die Rubriken anderer Prinzipien stellt und auf diese Weise mittelbar dem Anklageprinzip, wie er es sich ausmalt, unterschiebt, so können natürlich für das Untersuchungsprinzip nach seiner Auffassung nur eben jene Auswüchse und Uebelstände übrig bleiben, welche nach richtiger Ansicht nur aus einer falschen, weil einseitigen, Auffassung desselben hervorgegangen sind. Zwar identifizirt er das Untersuchungsprinzip nicht geradenwegs mit dem Prinzip des gemeinrechtlichen Verfahrens; doch schildert er es so, daß es in allen wesentlichen Punkten mit diesem übereintrifft.[2] Als das Wesen desselben bezeichnet er nämlich: das Beruhen auf der subjektiven Willkühr, und den Beweis dafür findet er darin, daß Untersuchen soviel heiße, als: alle diejenigen Mittel und Wege gebrauchen, welche zur Erkenntniß der wahren Beschaffenheit eines Objekts hinführen können. Aus einer solchen Begriffsbestimmung lassen sich nun allerdings abentheuerliche Folgerungen entwickeln. Allein der Fehler ist, daß sie selbst nichts taugt. Untersuchen heißt näher: die selbständige Erkenntniß der wahren Beschaffenheit eines Objekts durch diejenigen Mittel und Wege erstreben, welche der Natur dieses Objekts angemessen sind. Man wird z. B. nicht sagen können, jemand untersuche die chemische Beschaffenheit einer organischen Substanz, wenn er dies etwa durch Anwendung metaphysischer Kategorieen versuchen wollte. Handelt es sich daher von einer Untersuchung im Gebiete des Rechts, so wird man diese Untersuchung nicht schlechthin auf alle möglichen Mittel und Wege ausdehnen

[1] S. auch Biener, Abh. 2tes Heft.

[2] Dafür kann er sich freilich jetzt auf die strafrechtlichen Fragen der Gegenwart berufen, die in entgegengesetztem Sinn dasselbe thun. „Die Extreme berühren sich." —

dürfen, welche irgendwie zur Erkenntniß des zu untersuchenden Gegenstandes führen können, sondern nur auf die der Natur dieses Gegenstandes angemessenen und rechtlich zuläßigen. Den Gegenstand einer peinlichen Untersuchung bildet nun eine durch die Schuld eines Menschen hervorgebrachte Rechtsverletzung. Hiebei entsteht denn die Vorfrage, inwieweit diese das Objekt einer Untersuchung bilden könne? Darauf ist zu antworten, daß den Gegenstand der Untersuchung nur das bilde, was die Natur eines Objekts hat, nicht aber das, welchem die Natur des Subjektiven inwohnt. Daraus folgt aber, daß unter dem Untersuchungsprinzip im Strafprozesse vernünftiger Weise nicht das verstanden werden kann, was Z. so betitelt, obgleich allerdings die Gefahr nahe liegt, daß in Zeiten, wo die persönliche Freiheit nicht geachtet und deshalb auch die Subjektivität zu den Objekten und selbstlosen Mitteln gerechnet wird, das Untersuchungsprinzip über seine vernünftigrechtliche Grenze ausgedehnt und auf das erstreckt werden kann, was seiner Natur nach kein Objekt und deshalb kein zuläßiger Untersuchungsgegenstand ist. Vielmehr ist darunter nur eben dies zu verstehen, daß der Staat sich, d. h. seinen Organen, die amtliche Untersuchung des Verbrechens vindizirt, soweit eben eine solche zuläßig ist.

In der That kommt aber Z. aus seiner Definition des Untersuchungsprinzips heraus auf so abentheuerliche Folgerungen, wie sie — nach seinem eigenen Zugeständnisse — selbst in der Zeit der rücksichtslosesten Ausbeutung jenes Prinzips geschichtlich niemals wirklich geworden sind. [1] Nun kann man ihm immerhin das Vergnügen lassen, dem Begriffe des Untersuchungsprinzips, wie ihn Andere verstehen, jenen Wechselbalg von seiner eigenen Erfindung zu unterschieben. Allein was soll ein solcher willkührlich abgezogener Begriff, der auf keine geschichtliche Erscheinung paßt? Er ist eine nutzlose Erfindung eines müssigen Scharfsinns, ein für Wissenschaft und Leben todtgeborenes Kind. Dagegen hat der gewöhnliche Begriff des Untersuchungsprinzips jedenfalls den Vortheil, daß der Untersuchungsprozeß aller Völker und Zeiten, der organisch, wie der unorganisch entwickelte, darunter paßt, sofern es immer nur darauf ankommt, wie weit ein Staat in der politischen Bildung vorangeschritten ist, da sich hiernach bestimmen wird, ob er nur das, was wahrhaft die Natur eines Objekts hat, als Gegenstand der Untersuchung aufstellt, oder ob er diese Grenze in höherem oder geringerem Grade überschreitet. Z. findet

[1] Weniger genau mit der Geschichte nimmt es Leue, Anklageprozeß S. 23 f.

nun das Wesen des Untersuchungsprinzips eben nur in dem, was seinen schreiendsten Mißbrauch darstellt, und so hat er sich freilich für die Erkenntniß seines wahren Wesens die Augen verschlossen.

Was gegen die Schilderung, die Z. nun andererseits von dem Anklageprinzip entwirft, zu sagen ist, läuft natürlich im Wesentlichen auf dasselbe hinaus. Er löst von dem, was man allein als Anklage prinzip bezeichnen kann, einen Theil ab, und steigert diesen willkührlich abgelösten Theil zur Bedeutung des Prinzips selbst. Unter der Herrschaft des Anklageprinzips (in seinem allein wahren, vollen Sinne) war die Anklage form allerdings der unmittelbare, schlechthin nothwendige Ausfluß des Prinzips selbst, weil dieses dem Prinzip des bürgerlichen Rechtsstreits analog war. Aber dieselbe steht keineswegs in unzertrennlicher Verbindung mit jenem Prinzip. Sie ist in der That nichts weiter, als der einfache Ausdruck dessen, was in dem Organismus des Prozesses überhaupt liegt, und kann daher im Untersuchungsverfahren ebensowohl vorkommen, als im Anklageverfahren. Im Wesen des Prozesses überhaupt liegt nämlich, was Z. irrig dem Anklageprozesse ausschließlich zuschreiben will: „die geordnete Verhandlung einer Sache zwischen zwei in freier, gleichberechtigter Stellung sich gegenüberstehenden Subjekten vor einer unpartheiischen, das Verfahren leitenden dritten Person, zu dem Zwecke, um eine auf vollständige und klare Anschauung der konkreten Verhältnisse gegründete richterliche Entscheidung derselben über die in der Sache kollidirenden Rechte zu erhalten." Im Wesen des Prozesses überhaupt liegt dies, sobald er als ein Organismus aufgefaßt wird, d. h. als ein harmonisches Ganzes, in welchem wesentlich unterschiedene Funktionen, von verschiedenen Organen ausgeübt, zu Einem Zwecke zusammengreifen müssen, weil es der Natur der Sache zuwider ist, daß wesentlich unterschiedene Thätigkeiten, — besonders solche, die das Interesse der Partheilichkeit involviren, und solche, welche das gegentheilige Interesse bestimmt, — von einem und demselben Organ besorgt werden. Es liegt ferner deswegen darin, weil ein Prozeß überhaupt nur zwischen freien Persönlichkeiten (physischen oder moralischen, bei denen dann eben der freie Wille der physischen fingirt wird) möglich ist, solche freien Persönlichkeiten aber vernünftiger Weise niemals zu bloßen Objekten und Mitteln eines außerhalb ihrer liegenden Zwecks herabgewürdigt werden können und dürfen. [1]

[1] Auch in diesem Irrthum findet Zachariä seinen Gewährsmann jetzt an dem Verfasser der strafrechtlichen Fragen der Gegenwart S. 49—56.

Die fragliche Forderung gehört weder dem bürgerlichen Rechtsstreite, noch dem Strafverfahren insbesondere, vielmehr beiden auf die gleiche Weise an. Denn sie gründet sich im Wesen des Vernünftigen überhaupt, in dessen Natur es liegt, Organismus, System zu sein. Sie kann denn auch im bürgerlichen Rechtsstreite gerade ebenso verletzt werden, wie im Strafverfahren, wozu wenigstens annähernde Beispiele im positiven Rechte nicht fehlen; in der Natur der Sache freilich liegt es, daß man im bürgerlichen Prozesse hier nie bis auf dasjenige Extrem gehen kann, worauf man im Strafprozesse leider hat kommen können. Offenbar ist nun die Sache die: Jene Scheidung der partheilichen Interessen von der unpartheilichen Thätigkeit des Richters ist in beiden Formen des Prozesses, im bürgerlichen wie im Strafverfahren, in gleicher Weise geboten. Was nun aber die eine Verfahrungsweise weiterhin von der andern unterscheidet, kann nur das bei beiden verschiedene Objekt sein, das im bürgerlichen Rechtsstreit in verzichtbaren, der Privatverfügung unterworfenen Rechten besteht, im Strafverfahren aber nicht. Hiernach wird dem bürgerlichen Rechtsstreite das Verzichtsprinzip und die Verhandlungsmaxime zukommen, während im Strafverfahren hievon nicht die Rede sein darf. Eben nämlich, weil hier die kollidirenden Rechte keiner Privatverfügung unterliegen, so kann der materielle Verlauf des Prozesses nicht lediglich in die Hände der Partheien gelegt sein, wie im bürgerlichen Rechtsstreit. Es muß vielmehr hier der Richter eine andere Stellung zu den Partheien haben, so zwar, daß er nicht an ihre Anträge gebunden und nur auf diese beschränkt ist. Das Streben nach materieller Wahrheit tritt an die Stelle des Strebens nach bloß formeller, und eben damit entsteht die Forderung der Selbstthätigkeit des Richters, auch über die Anträge der Partheien hinaus, seiner — nicht absoluten, aber doch relativen — Unabhängigkeit von denselben, kurz die Forderung dessen, was man allgemein die Untersuchungsmaxime nennt, und was nur richtig verstanden werden darf, um keinerlei Zweifeln Raum zu geben, als wäre damit dem Rechte der freien Persönlichkeit auf Seiten des Angeschuldigten zu nahe getreten.

Allerdings ist nun in dem auf dem Anklageprinzip beruhenden antiken Strafverfahren eben diese Forderung nicht zu ihrem Rechte gekommen; es ist dies aber gerade aus dem Grunde geschehen, weil jenes Verfahren von dem Prinzip des bürgerlichen Rechtsstreits sich noch nicht gehörig abzulösen vermochte, — ein Mangel allerdings, allein ein Mangel, der in dem Wesen der antiken Rechts- und Staatsanschauung über-

haupt nothwendig begründet und durch mancherlei werthvolle Vorzüge, die eben daher entsprangen, in bedeutendem Grade aufgewogen war. Umgekehrt ist nun das Verfahren des germanischen Staates keineswegs in Gefahr, in den gleichen Fehler zu verfallen; das deutsche hatte im Gegentheile die längste Zeit an dem entgegengesetzten Fehler zu leiden. Während der Prozeß des Alterthums die freie Persönlichkeit der Partheien zu sehr begünstigte, wurde sie im deutschen Prozesse nach und nach fast ganz ignorirt. Jener steigerte sie über das gerechte Maß, — deshalb weil die alte Welt ihren Staat überhaupt unmittelbar in den Bürgern dargestellt fand; dieser setzte sie zu Nichts herab, weil die germanische Welt überhaupt dem Staate ein selbständiges Leben zuschreibt, und weil das Unglück vieler Jahrhunderte bei uns dieses Selbstleben des Staats (freilich nur erst in der Form der fürstlichen Gewalt) zum Moloch steigerte, dem alle freie Persönlichkeit zum Opfer gebracht wurde. Jener überschritt die Grenze damit, daß er die Anklage dem Privatwillen überließ und das Verzichtsprinzip des bürgerlichen Rechtsstreits unzuläßiger Weise in den Strafprozeß herübertrug; dieser dagegen damit, daß er die Forderung der Firirung der partheilichen Interessen in eigenthümlichen Organen immer mehr verwahrloste und endlich den Angeschuldigten ganz zum selbstlosen Mittel des über alles Maaß hinausgeschraubten Untersuchungszwecks herabwürdigte. — Nach jahrhundertelanger Schmach ist nun endlich auch in Deutschland der Fortschritt des politischen Bewußtseins soweit gediehen, daß jener Absolutismus sich nicht halten kann. Was man nun zunächst fordern muß, ist ohne Zweifel eben das, was Z. das Anklageprinzip nennt, was aber dies keineswegs ist, nämlich die Anerkennung jener aus dem Wesen des Prozesses fließenden Forderung der Scheidung der partheilichen Interessen und der relativ selbständigen Firirung derselben gegenüber der nothwendig unpartheilichen Stellung des Richters, — eine Anerkennung, die auf dem Standpunkte des germanischen, besonders des modernen Staats natürlich nicht mehr mit der Aufstellung eines Privatanklägers befriedigt wäre, sondern zur Aufstellung eines Staatsanwalts führen muß, die ferner auf eben diesem Standpunkte begreiflicher Weise von aller unbefugten Hinneigung zum Prinzipe des bürgerlichen Rechtsstreits, seinem Verzichtsprinzip, seinem Streben nach bloß formeller Wahrheit und seiner Verhandlungsmarime himmelweit entfernt ist, vielmehr durchaus dem aus dem Wesen des modernen Staats fließenden und die Untersuchungsmarime in sich schließenden Grundsatze der

amtlichen Verfolgung der Verbrechen untergeordnet bleiben wird und bleiben muß.

Bei der Schilderung der Konsequenzen des Anklageprinzips zeigt aber Z. nicht einmal Folgerichtigkeit. Die zwei ersten verstehen sich allerdings von selbst: daß nämlich drei verschiedene Subjekte des Prozesses erforderlich seien, und die Verhandlung auf ihren ursprünglichen Gegenstand beschränkt bleiben müsse, — sowie daß die Parthieen einander mit gleicher Berechtigung gegenüberstehen müssen und weder die eine, noch die andere der Gewalt des Gegners oder des Richters in der Art überlassen sein dürfe, daß von ihr etwas erzwungen werden könnte, was die freie Verfolgung oder Vertheidigung des Rechts ausschließen würde. Allein einmal ist nach dem Obigen klar, daß beide Momente mit dem richtigverstandenen Untersuchungsprinzip gar wohl zusammenbestehen, [1] sodann muß Z. schon hier so schwankende Erklärungen geben, wie die: daß die von dem Richter vorzunehmenden Schritte in der Regel bei ihm beantragt sein müssen, daß er das Verfahren in gehöriger Ordnung zu erhalten habe u. dgl. Das könnte ebensowohl in einem Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses stehen, und giebt durchaus keinen befriedigenden Aufschluß über den wesentlichen Unterschied zwischen diesem und dem Strafverfahren, in welchem letztern gerade dies charakteristisch ist, daß der Richter an die Anträge der Partheien nicht gebunden sein darf, daß ihm eine relative Selbständigkeit bewahrt bleiben muß, daß er nicht bloß die formelle Leitung des Prozeßganges haben darf u. s. f. Wozu soll aber ein Prinzip taugen, das seinen Verfechter nöthigt, über so wesentliche Punkte so oberflächlich hinzuschlüpfen?

Noch offener kommt der gedachte Schaden bei der dritten Konsequenz zu Tage, wo gesagt wird, der Richter sei zwar nicht berufen, neue Beweise selbständig zum Vortheil der einen oder der andern Parthei aufzusuchen, — da von ihm aber ein erschöpfendes, der Natur des Gegenstandes der Verhandlung entsprechendes Urtheil verlangt werde, so müsse er, und zwar im Strafprozeß noch viel mehr als im bürgerlichen, das Recht und die Pflicht haben, Alles zu thun, was nothwendig sei, um das eigene Urtheil über die vorgelegten Beweise aufzuklären. Wem wird nicht diese gezwungene, geschraubte Umgehung des einzigen Begriffs, der

[1] Auch der ursprüngliche kanonische Prozeß vertrug sich mit einem Fiskal. S. J. de Belvisio Pract. crim. II. c. 6. n. 33 f.

hier am Platze war, auffallen? Was anders ist denn das Mehr, das dem Richter im Strafprozesse gegenüber von dem bürgerlichen Richter nach dem Grundsatze der Erforschung der materiellen Wahrheit obliegt, — als eben die Handhabung dessen, was man allgemein die Untersuchungsmaxime nennt? Was soll aber eine Erklärung taugen, die zwei Fliegen — den bürgerlichen und den Strafprozeß — mit Einer Klappe schlagen soll, und die prinzipielle Kluft zwischen beiden nur eben mit einem fast nichts sagenden: Mehr zu überbrücken weiß?

Die ferneren Konsequenzen, die Z. aus seinem Anklageprinzip ableitet, sind: a) daß dasselbe nothwendig zu bestimmten, von dem Richter zu befolgenden Beweisregeln,[1] zur Aufstellung einer sogenannten gesetzlichen Beweistheorie führe; denn dasselbe erheische, daß über das verfolgte und bestrittene Recht auch nach dem Rechte erkannt werde; das Wesen des Rechts sei es aber eben, daß es eine allgemeine Regel im Gegensatze zur subjektiven Willkühr aufstelle. Ueber die Sache selbst ist hier um so weniger zu streiten, da die von Z. verlangte gesetzliche Beweistheorie in der That gar nicht Anderes ist, als das auch von Geschworenen zu befolgende law of evidence und unsere Ansicht nur darin abweicht, daß sie mit der Befolgung jener so überaus überschätzten Beweistheorie, die nach den Erklärungen ihrer neuesten Vertheidiger auf bloß negative Regeln, oder, wie sie sich auch ausdrücken, auf bloße Beweisminima zusammenschrumpft, die Sache nur halb abgethan glaubt. Wie aber das Angeführte nun gerade eine Konsequenz des richtigen oder auch des beliebig so betitelten Anklageprinzips sein soll, — das ist entfernt nicht einzusehen. Eben so verhält es sich b) mit der ferner daraus abgeleiteten Nothwendigkeit von Entscheidungsgründen und der Errichtung mehrerer Instanzen,[2] — Forderungen, die Z. in der That nur um der Symmetrie willen höchst willkührlich unter die Fahne des von ihm sogenannten Anklageprinzips rekrutirt. Denn zu a) argumentirt er ja offenbar nur aus dem Begriffe des Rechts, das sich nur in der Form von allgemeinen Regeln darstellen könne; soll nun etwa Recht und Anklageprinzip identisch, mithin auch Untersuchungsprinzip und Unrecht eins und dasselbe sein? Es scheint nicht weit gefehlt, daß das seine Meinung sei,

[1] Nach Andern ist der methodische Beweis gerade eine Konsequenz des Untersuchungsprinzips. S. z. B. strafrechtl. Fragen der Gegenw. S. 28.

[2] Andere gründen dies auf das Inquisitionsprinzip. S. Schwarze, Einführung des mündlichen Strafverfahrens. S. 6. 7.

da er recht darauf ausgeht dem Untersuchungsprinzip so viel Schlimmes als möglich nachzusagen, obgleich er das vielgeschmähte hinterher doch wieder zu Gnaden annimmt, ja demselben das ganze erste Stadium des Verfahrens als Domäne überläßt! — Nur beiläufig mag bemerkt werden, daß dasjenige in der Welt wirklich vorgekommene Strafverfahren, welches nach seinem Zugeständniß am unbedingtesten auf das Anklageprinzip gegründet war, weder von einer sogenannten gesetzlichen Beweistheorie (im Sinne des gemeinrechtlichen Prozesses), noch von Entscheidungsgründen etwas gewußt hat.

Außerdem rechnet nun Z. noch zu den Konsequenzen des Anklageprinzips, daß dasselbe sich mit der Instanzentbindung [1] nicht vertrage, was an und für sich richtig ist, von ihm aber irriger Weise so gedacht wird, als sei dies eine unmittelbare Folge aus dem Anklageprinzip, da die Instanzentbindung mit dem Untersuchungsprinzip von selbst gesetzt sei, während doch, wie gewöhnlich ganz richtig angenommen wird, die Instanzentbindung lediglich ein Produkt der gemeinrechtlichen Beweistheorie ist. Richtig ist es, wenn er vom Anklageverfahren (nicht vom Anklageprinzip, wie er sich ausdrückt) dies rühmt, daß es allein die Vertheidigung in die freie und selbständige Stellung und Wirksamkeit bringe, welche ihr als wesentlichem Partheirechte und als nothwendiger Schutzwehr gegen einseitige Beurtheilung einer Sache durch den Richter durchaus zu Theil werden müsse. Dagegen ist es wieder die größte Willkühr, die Forderung der Unmittelbarkeit oder Mündlichkeit aus dem Anklageprinzip begründen zu wollen, was denn auch oberflächlich genug durch die Bemerkung abgethan wird, daß die Partheien das Recht hätten, vom Richter selbst gehört zu werden, und daß dies auch ein Recht des Richteramts selbst sei, insofern nur unter dieser Voraussetzung von einem reinen und ungetrübten Urtheil die Rede sein könne. Ist dabei der bürgerliche Prozeß, ist die zweite Instanz ganz vergessen worden, — da doch kaum vorher eben die Mehrheit der Instanzen gleichfalls als eine Konsequenz des Anklageprinzips aufgeführt worden ist? Z. selbst giebt

[1] Der Eifer, womit der Verf. der strafrechtl. Fragen der Gegenw. S. 73—85 für diese sich verkämpft, könnte fast rührend erscheinen, wenn er nicht mit dem ihm eigenen Dünkel hervorträte. Uebrigens bemerkt man leicht, daß er ihr einen Sinn unterschiebt, den sie im gem. deutschen Strafrecht gar nicht hat, und daß seine Beweisführung nur auf dem bei ihm ganz unentwickelt gebliebenen Prinzip der materiellen Wahrheit beruht. Auch widerlegt er S. 84 ob. sich selbst.

obendrein zu, daß die Forderung der Mündlichkeit sich auch aus dem Untersuchungsprinzipe,[1] selbst aus dem von ihm sogenannten, ergebe; und allerdings muß es Jedem deutlich sein, daß die Begründung aus diesem doch jedenfalls etwas heißen will, während die aus dem Anklageprinzip ganz aus der Luft gegriffen ist.

Das Wunderlichste ist aber, daß nun sowohl Mittermaier, als Zachariä im praktischen Resultate wesentlich ganz mit denjenigen übereinstimmen, welche als herrschendes Prinzip für das Ganze das Untersuchungsprinzip aufstellen, damit aber die Scheidung der partheilichen Interessen von der Richterthätigkeit ganz wohl vereinbar glauben. Z. geht von vornherein, als von etwas ganz Harmlosem, von der Voraussetzung aus, daß jedes der beiden Prinzipien für die eine oder die andere Sphäre als das geeignetere erscheinen könne; ja, es zeigt sich, daß er im Strafverfahren des Staats geradezu beide vereinigt wissen will. Im völligsten Widerspruch mit allen vorangegangenen Verunglimpfungen des Untersuchungsprinzips nimmt er nicht den geringsten Anstand, dieses Prinzip der Prinziplosigkeit, der Willkühr und des Unrechts nicht nur den Sphären der Familie, der Schule und der Kirche, sondern auch denen der Polizei- und der Disziplinarstrafgerichtsbarkeit, ja sogar dem ersten Stadium des eigentlichen peinlichen Strafverfahrens selbst zuzutheilen. Zwei Gründe führt er für diese sonderbare Anwendung der distributiven Gerechtigkeit an: einmal den, daß das Strafverfahren nach der Natur des Verbrechens organisirt sein müsse, — sodann den, daß der Geist und die Hauptgrundsätze unserer positivrechtlichen Verfassung der Begründung des Strafverfahrens auf das Untersuchungsprinzip schlechthin widersprechen sollen.[2] Den zweiten Grund für das, was er Anklageprinzip nennt, muß man natürlich vollkommen anerkennen, zugleich aber alle Berechtigung läugnen, hierin das Anklageprinzip zu suchen. Anders verhält es sich mit dem erstangeführten Grunde. Nicht zu bestreiten ist zwar, daß in den Sphären der Familie, der Schule und der Kirche andere Seiten an der Natur des Verbrechens, und folgeweise auch andere Seiten an der Natur der Strafe hervortreten, als in der Sphäre des Staats, sowie daß eben dieser Unterschied sich auch in verschiedenen Formen des Ver-

[1] Vgl. Biener Abh. 2. S. 137 unten l. 3. §. 1—3. D. de testib. l. 10. §. 5. D. de quaest.

[2] In diesem Punkt hat ihm Biener Abh. 2. durchweg zu viel eingeräumt.

fahrens ausdrücken müsse. Wohl aber ist zu bestreiten, daß dieser Unterschied als der zwischen Untersuchungs- und Anklageprinzip bezeichnet werden dürfe. Wundernehmen muß die Gleichstellung der Polizeistrafgerichtsbarkeit mit der Strafgerichtsbarkeit in den Gebieten der Familie, Schule und Kirche. Zu bestreiten ist aber ferner die Richtigkeit des Gegensatzes, wie ihn Z. auffaßt und mit dem Gegensatze zwischen dem absoluten und dem relativen Strafrechtsprinzipe in Verbindung bringt. Namentlich muß bestritten werden, daß in allen jenen Sphären die Strafe von einem dazu berufenen Oberen über den seiner Gewalt unterworfenen Untergebenen verhängt werde, und daß hierin das Charakteristische beruhe, desgleichen daß deswegen, weil hier die Bedeutung der Strafe sich der Hauptsache nach auf das zu bestrafende Subjekt beschränkt, dieselbe hier den Boden des Rechtsbegriffs noch nicht betrete, und daher das fragliche Strafrechtsprinzip als das rein subjektive (moralische, resp. religiöse) zu bezeichnen sei. Ebenso ist andererseits zu bestreiten, daß das rechtliche Strafprinzip als solches darein gesetzt werden dürfe, daß die Strafe als ein Recht oder rechtlicher Anspruch eines Dritten, der durch das Verbrechen als verletzt zu betrachten sei, gegen den Urheber der Verletzung von dem dazu bestimmten Richter erkannt werde. Gewiß ist, daß in jenen andern sittlichen Kreisen Verbrechen und Strafe vorzugsweise mit ihrer subjektiven Seite hervortreten, während dieß im Staat vorzugsweise mit der objektiven der Fall ist.[1] Allein darum ist weder bei der Strafgerichtsbarkeit der Familie, der Schule und der Kirche die objektive, noch bei der Strafrechtspflege des Staats die subjektive Seite indifferent oder negativ gesetzt. Es kann also nicht zwischen moralischem (resp. religiösem) und rechtlichem Strafrechtsprinzip unterschieden werden; denn ein nur moralisches Strafrechtsprinzip ist ein Widerspruch in sich selbst. Eben deswegen muß aber begreiflicher Weise auch das „rechtliche" Strafrechtsprinzip von Z. falsch aufgefaßt sein. In der That paßt es auch, sowie er es nimmt, nur für die noch unreife Form der Strafrechtspflege, wobei das Verbrechen nur als Privatrechtsverletzung aufgefaßt, und daher seine Verfolgung der verletzten Person anheimgegeben wird. Z. glaubt zwar, auch die reifere Form auf dem Wege unter seine Kategorie bringen zu können, daß er sagt, hier gelte nur das Gemeinwesen, der Staat und sein organisches Leben als das durch das Verbrechen Verletzte, und der

[1] S. meine Neue Revision. §. 195. 196. 205.

Staat trete nur als Kläger an die Stelle des verletzten Einzelnen. Allein die hier dem Staate angewiesene Stellung ist eine völlig schiefe, wenn er als „Gegner“ des Verbrechens aufgefaßt und hiemit in die Stellung einer bloßen Parthei herabgedrückt wird, über deren einseitige Behauptungen der Richter zu entscheiden habe. Gleich als ob der Staat nur in der Regierung, in dem Korps der Verwaltungsbeamten repräsentirt wäre! Als ob der Richter nicht auch zu den Organen des Staats, die richterliche Gewalt nicht auch zu den wesentlichen Staatsgewalten gehörte! Wenn man eben, wie Z., Moral und Recht auf die abstrakteste Weise trennt, wenn man den Staat lediglich als äußere Rechtsordnung begreift, wenn man gar soweit geht, ihn zu einer fingirten Person herabzusetzen, die durch das Verbrechen verletzt werde und über diese Verletzung mit dem Verbrecher sich herumzanken müsse, — hat man dann das Recht, Familie, Schule und Kirche als rechtliche Organismen aufzustellen und ihnen ein Strafrecht beizulegen, das, wenn es auch (unbegreiflich genug) als ein bloß moralisches oder religiöses bezeichnet wird, denn doch ein Recht sein, mithin am Wesen des Rechts Theil nehmen soll? Und hat man ferner ein Recht, den Staat, den man auf eine so niedrige Stufe stellt, den man jedenfalls nur als den Kollektivwillen der Einzelnen zu begreifen weiß, gleichwohl ein „organisches, in der Idee personifizirtes Gemeinwesen“ zu nennen? Allerdings verwahrt sich Z. ausdrücklich gegen den Schein, als ob er das System der Privatanklage annähme, da es der vernünftigen Auffassung des Verbrechens in unserer Zeit in keiner Weise entspreche und dem großen Interesse des Staats an der Bestrafung der Verbrechen durchaus nicht die erforderliche Bürgschaft leiste. Allein, wenn dieses Interesse des Staats — als eines organischen Gemeinwesens — eine Wahrheit sein soll, so ist es völlig unzuläßig, den Staat mit dem durch das Verbrechen verletzten Individuum auf Eine Linie zu stellen. Vielmehr ergiebt eben die gründlichere Erforschung jenes Interesses die Folgerung des Untersuchungsprinzips, dessen Ausführung keineswegs die Nichtanerkennung der freien Persönlichkeit im Angeschuldigten mit sich bringt.

Auch die Gegner fordern also ein besonderes Staatsorgan zur Verfolgung der Verbrechen, Trennung des Hauptverfahrens vom Vorverfahren,[1] und einen verschiedenen Charakter dieser beiden Stadien. Allein,

[1] Schwankend erklärt sich über das Prinzip des Vorverfahrens **Biener** Abh. 2. S. 94 f.

abgesehen von der ganz verfehlten theoretischen Begründung, zeigt sich das Kriterium, wodurch Z. diesen Unterschied begründet, — daß nämlich im Vorverfahren das Untersuchungsprinzip in seinem Sinne, d. h. die unbegrenzte subjektive Willkühr herrschen müsse, als ein höchst gefährliches. Beiläufig kommt freilich auch das allein richtige Kriterum vor, wovon Alles ausgehen muß, d. h. die Bestimmung, daß es die Untersuchung ihrem Wesen nach nur mit Objekten zu thun hat, daß daher, sobald es sich davon handelt, ein bestimmtes Subjekt als des Verbrechens verdächtig förmlich zu konstituiren, sofort ein qualitativ anderes Verfahren eintreten muß. Allein der Fehler ist eben, daß die Gegner hier einen Prinzipwechsel eintreten lassen und auf diese Weise ein logisches Unding zusammenleimen, auch ganz abgesehen von der Verdrehung, die beide Prinzipien für sich bei Z. erfahren. —

2) Das Grundgebrechen des gemeinrechtlichen Verfahrens.

Der Hauptnachtheil des bisher besprochenen theoretischen Irrthums liegt nun aber darin, daß durch diese Spiegelfechterei der Schule der Blick von den wahren Mängeln des gemeinrechtlichen Verfahrens, besonders von der Wurzel des vielen Uebels, was darin liegt, abgezogen wird. Es ist denn auch sehr bezeichnend, daß in der Regel nur von mehr oder weniger einzelnen Gebrechen des gemeinrechtlichen Verfahrens die Rede ist, und diesen etwa auch noch ein Katalog von ebensovielen Vorzügen gegenübergestellt wird. Mit dieser Halbheit ist nun aber nichts gethan, und es kann vielmehr der Sache ihr Recht nur dann geschehen, wenn der verwerfliche Kern des gemeinrechtlichen Verfahrens aufgezeigt und in seine Konsequenzen verfolgt wird. Vergebens sucht man dies in den Lehrbüchern, die sich theoretisch auf die falsche Grundlage dieses positiven Rechts zu stellen pflegen, und sich dadurch alle prinzipielle Kritik desselben von vorn herein unmöglich machen.

Einen guten Anlauf dazu nimmt Zachariä in seiner mehr angeführten Schrift, indem er einen kurzen Ueberblick über die Hauptmomente des geschichtlichen Verlaufs giebt, mittelst dessen im gemeinrechtlichen Prozesse theils der Charakter der Schriftlichkeit und Heimlichkeit, theils besonders die grundsätzliche Negation des Rechts der freien Persönlichkeit zur Ausbildung gekommen ist. In der That ist bekannt, wie schon

durch die Bestimmungen der P.G.O. 90., die es noch nicht Wort haben will, die Grundformen der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit untergraben, beziehungsweise zur leeren Täuschung herabgesetzt wurden, wie die Entwickelung der Landeshoheit zu einer nach Befreiung von allen äußeren Fesseln hinstrebenden Staatsgewalt, die unaufhaltsam fortschreitende Ausbildung des Beamtenwesens, die mehr und mehr sich herausstellende polizeiliche Richtung des Regierungssystems mächtig dazu wirkten, das Untersuchungsprinzip in seiner einseitigen Abstraktion zu entfesseln und zu kräftigen und den Strafprozeß immer mehr aus dem Gebiete der Justiz auf das der Verwaltung hinüberzuspielen, wie die Gerichtsorganisation unaufhaltsam sich veränderte, wie Alles dahin drängte, das ganze Verfahren bis zum Urtheil möglichst von allen Fesseln zu befreien, für das willkührliche Walten den freiesten Spielraum zu gewinnen, und den Angeschuldigten für seine Person und hinsichtlich alles dessen, was für den Zweck der Untersuchung erforderlich schien, der Gewalt des Richters zu überlassen, wie man infolge hievon dazu kam, alle gesetzlichen Normirungen in Beziehung auf die Beweisaufnahme nach und nach in den Wind zu schlagen, auf Formfehler keine Rücksicht mehr zu nehmen, von Rechten des Inquisiten bis zur formellen Vertheidigung und zur Instanz der Rechtsmittel gar nicht mehr zu sprechen xc. xc. Keine Analogie ist hier treffender, als die schon in der Einleitung erwähnte Analogie der römischen Kaiserzeit. Wie in dieser die Entstehung der absoluten Monarchie zur Verwandlung des Volksrechts in Juristenrecht[1] führte, und hiernach das Strafverfahren eine andere Grundlage erhielt, so wirkten in Deutschland seit dem 15. Jahrhundert ähnliche Verhältnisse auf ganz ähnliche Weise, und nur um so verderblicher, weil hier ein fremdes Recht an die Stelle des einheimischen trat, wodurch alle volksthümlichen Elemente aus der Gerichtsverfassung schlechthin ausgeschlossen wurden, weil ferner hier das Recht nach und nach ganz der partikulargesetzlichen Zersplitterung und der Weiterbildung durch Doktrin und Praxis, hiemit den schädlichen Einflüssen der zum Absolutismus hinstrebenden Fürstengewalt und der Pflege durch den Juristenstand, der sich zum Schildträger des fürstlichen Despotismus hergab, anheimfiel. Daher kommt es denn auch, daß der deutsche Strafprozeß im Laufe des 18. Jahrhunderts noch um ein Gutes

[1] Dies wird auch durch die wohlweise Erörterung in den strafrechtlichen Fragen der Gegenwart S. 151—156 nicht umgestoßen.

schlechter wurde, als es selbst dem Rechte der römischen Kaiserzeit nachgesagt werden kann.[1]

Als das Grundgebrechen des bisherigen Rechts nun ist eben dies auszusprechen, daß das Untersuchungsprinzip darin höchst unnatürlich über sein begriffliches Maß ausgedehnt[2] und, unter fast völliger Negation des Rechts der freien Persönlichkeit, der Staatsabsolutismus in nackter Abstraktion geltend gemacht wird. Vergebens bemühen sich unsere Doktrinäre, dies theils zu rechtfertigen, theils wenigstens zu beschönigen. Sie berufen sich darauf, daß im Begriffe des Untersuchungsprinzips der Zweck der Rechtsverwirklichung als absoluter, und infolge davon das Streben nach materieller Wahrheit als unbegrenzt gesetzt sei. Allein ganz mit Unrecht. Aus jenem Prinzip folgt nur, daß Alles von Amtswegen untersucht werden muß, was möglicher Gegenstand einer Untersuchung ist, also nicht das Innere des Angeschuldigten. Daher kann es daraus nicht gerechtfertigt werden, wenn der deutsche Prozeß den Zweck der Rechtsverwirklichung bis zur gänzlichen Mißachtung des Rechts der freien Persönlichkeit ausdehnt, wenn er die Person des Angeschuldigten als bloß untergeordnetes Mittel betrachtet, gegen welches mit einem auch seine subjektive Freiheit nicht schonenden Zwange verfahren wird, wenn er eben deshalb den Untersuchungszwang gleichmäßig über das ganze Verfahren bis zum Urtheil hin erstreckt. Aus dem Grundsatz der materiellen Wahrheit folgt nur, daß die Staatsbehörden von Anfang an selbstthätig für die Sammlung der Beweismittel Sorge tragen müssen, daß das Gericht nicht an das Vorbringen der Partheien gebunden ist, daß daher allerdings mit dem ersten Schritt der Untersuchung auch der erste Schritt der Beweisaufnahme beginnt, und der Beweis überall nicht an peremtorische Fristen gebunden ist. Keineswegs folgt aber daraus, daß nicht das Beweisverfahren als eigenthümliches Stadium von

[1] S. die Beispielsammlung bei Welcker, Staatsler. IX. S. 51—72.

[2] Mit Recht läßt der Verf. der strafrechtlichen Fragen der Gegenwart S. 45—49 die Schuld dieser Auswüchse nicht auf das Prinzip selbst kommen. Allein seine geschichtliche Erklärung der Auswüchse ist sehr trivial, und er sieht nicht ein, daß die Bedeutung, die er selbst dem Untersuchungsprinzipe beilegt, gerade das ist, was zu jenen Mißbräuchen führen mußte. S. 49. 50 bemerkt er zwar, daß das Untersuchungsprinzip seine Geschichte nicht bloß in Deutschland habe, aber indem er die Fortschritte des englischen und französischen Rechts für Rückschritte erklärt, bekennt er sich gerade zu derjenigen Gestaltung des Untersuchungsprozesses, welche bloß der Zeit seiner barbarischen Flegeljahre angehört.

dem Untersuchungsstadium zu trennen wäre. In der Regel verwechseln unsere Doktrinäre hier, wenn sie dem Bestehenden das Wort reden, Beweisaufnahme und Beweisverfahren; sie übersehen gerade das Wesentliche, daß die mit der Untersuchung verbundene Beweisaufnahme sich in den Grenzen des objektiven Elements zu halten und die Subjektivität des Angeschuldigten zu respektiren hat, daß die Schritte gegen diese ein neues Stadium verlangen, in welchem mit ganz anderen Mitteln verfahren werden muß, als im Untersuchungsverfahren.

3) Die Vermengung wesentlichverschiedener Stadien des Verfahrens.

Verfolgt man nun die Konsequenzen des Grundgebrechens im Einzelnen, so stellt sich vor Allem die so eben schon angedeutete wüste Vermengung zweier wesentlich verschiedenen Stadien des Verfahrens heraus. Dies ist gerade einer von den Punkten, deren tiefe Bedeutung in der Regel übersehen wird.

Zwar sucht der deutsche Prozeß ein Analogon jenes wesentlichen Unterschieds aufzustellen, indem er wenigstens die Untersuchung in zwei Stadien, die General- und Spezialuntersuchung, scheidet. Aber nicht allein, daß, wie leicht zu zeigen ist, diese Unterscheidung die begriffsgemäße keineswegs ersetzt, sondern es hat auch die Praxis, oft durch Gesetze gut geheißen, in den meisten Ländern die Verwischung auch dieses Unterschieds noch möglichst begünstigt. Gegen eine solche anorganische Vermengung spricht aber die logische Nothwendigkeit,[1] die hier von der gemeinrechtlichen Theorie selbst zugegeben wird. Es galt und gilt und wird die Verhängung der Spezialuntersuchung für etwas die Ehre Beeinträchtigendes gelten, und dieses Volksgefühl hat ganz Recht.[2] In der Spezialuntersuchung liegt dies: daß der Staat erklärt, er traue einem bestimmten Individuum zu, daß es ein bestimmtes Verbrechen begangen habe. Damit verbinden sich aber verschiedene sehr wesentliche Eingriffe in die persönliche Freiheit, Verhaftung, Kautionsforderung, Suspension von öffentlichen Aemtern, und — nach deutschem Rechte — sofort Eingriffe in das Innerste der Subjektivität durch Verhöre über Gesinnungen, Moralität, Gedanken 2c., durch direkten und indirekten Zwang zum Geständnisse. Solche Eingriffe, welche die Sub-

[1] AM. die strafrechtl. Fragen der Gegenw. S. 64—69.
[2] AM. Biener, Beiträge S. 179. n. 65.

jektivität des Menschen an das Licht heraus nöthigen, mit indirektem oder gar direktem Zwange in sein Innerstes, seine Gedanken und Gesinnungen eindringen und diese zum Gegenstand einer öffentlichen Verhandlung machen (mag die Veröffentlichung nur dem Richter gegenüber, oder mag sie vor einem Publikum geschehen), welche überdies jene anderweitigen, höchst empfindlichen Nachtheile mit sich führen, — solche Akte gegen die freie Persönlichkeit müssen wohl gerechtfertigt sein. Eben diese Rechtfertigung soll dann die Aufgabe der Generaluntersuchung bilden, die deshalb durchaus von der Spezialuntersuchung abzusondern ist, wie denn auch neuere Gesetzgebungen[1] hierauf stets wieder zurückgekommen sind, nur freilich ohne Bewußtsein davon, daß damit noch nicht viel gethan ist. Es hat nämlich die Unterscheidung zwischen General- und Spezialuntersuchung an und für sich ihre schwache Seite, vermöge deren sie den wahren Zweck einer Sonderung des Prozesses in verschiedene Stadien nur sehr unvollkommen zu erreichen vermag. Diese liegt aber darin, daß hier das Prinzip des ersten Verfahrens auf ein Stadium ausgedehnt wird, wofür dasselbe schlechthin nicht mehr taugt. Allerdings muß das Untersuchungsprinzip im Ganzen, d. h. das Prinzip der amtlichen Erforschung der Wahrheit, das ganze Verfahren beherrschen. Aber es muß sich in beiden Stadien auf verschiedene Weise äußern. Untersuchen im e. S. heißt: in die eigenthümliche Beschaffenheit einer Sache eindringen, und diese an's Licht hervorkehren; und dieses Geschäft muß im Prozesse vermittelst Zwangs realisirt werden, sobald dieser nöthig ist, um des Gegenstands der Untersuchung habhaft zu werden. Dies hat nun gar keinen Anstand im ersten Stadium des Prozesses, wo es sich eben nur um das äußere Faktum, seine Seiten und Momente handelt, welche das Gericht nöthigenfalls mittelst Zwangs vor seine Augen bringen muß, um das Urtheil darüber vorzubereiten. Keineswegs paßt es aber auch für das zweite Stadium des Prozesses, wo es sich spezifisch um das Innere des Angeschuldigten handelt, um das Bekenntniß seiner Schuld. In ein Faktum kann der Staat mit direktem oder indirektem Zwang eindringen, alle Seiten daran hervorkehren, Haussuchungen deshalb halten, verdächtige Gegenstände, Urkunden ꝛc. in seinen Besitz nehmen, Zeugen vorfordern u. dgl., kann sich auch wohl bemerken, was für Willensbestimmungen in der Handlung, wodurch sich das Faktum bedingt zeigt,

[1] Z. B. die Bairische von 1813, und noch neuerdings die Wirtembergische.

äußerlich geworden zu sein scheinen. Aber der Staat bleibt dabei stets in der objektiven Sphäre, er macht keinen Eingriff in die Rechte der Subjektivität, der es überlassen bleibt, ob sie in einem Geständnisse sich selbst darstellen will oder nicht. — Die Schuld, das Innere kann und darf der Staat nicht untersuchen wollen. Diese kann sich im Prozeß nicht anders kundgeben, als auf subjektivem Wege, d. h. entweder durch Selbstdarstellung im Geständnisse, oder durch Reflexion in dem richterlichen Gewissen, im Wahrspruch der Geschworenen. Dies setzt aber voraus, daß die Untersuchung beendet, die Beweismittel gesammelt seien. Es setzt die Abwesenheit alles Zwangs gegen das Innere des Angeschuldigten voraus, also gerade die Abwesenheit alles dessen, was eigentlich den Kern der deutschen Spezialuntersuchung (mit ihrem offiziellen Durst nach dem Geständniß, ihren Ungehorsamsstrafen und sonstigen Tortursurrogaten rc.) ausmacht.

Im Sinne und Geiste des ursprünglichen kanonischen Inquisitionsprozesses lag die Erzwingung des Geständnisses nicht;[1] aber, wo derselbe sich verweltlichte, mußte es freilich sogleich dazu kommen. Die Kirche als solche konnte wohl dem Angeschuldigten mütterlich in's Gewissen reden. Der Staat aber, da er an die Stelle der Kirche trat, konnte es nicht (und die Kirche, wo sie sich als Staat gerirte, that es auch nicht, wie man an der Ketzerinquisition sieht). Wir sehen deßhalb, wo der kanonische Prozeß in die weltlichen Gerichte dringt, alsbald die Tortur eintreten, wie wir sie auch in dem mit dem inquisitorischen Geiste erfüllten Prozesse der römischen Kaiserzeit finden.[2] Eben die Nothwendigkeit der Tortur zeigt aber, wie innerlichst verkehrt es ist, das Untersuchungsprinzip auch auf die subjektive Seite des Verbrechens auszudehnen. Denn entweder will man eine wahre Untersuchung haben, — dann muß man solche auch nöthigenfalls durch Zwang wirken lassen, d. h. man muß die Tortur legitimiren; oder, wenn man dies nicht will, so muß man sich mit einer Untersuchung begnügen, welcher entgegen zu kommen der Willkühr des zu untersuchenden Gegenstandes überlassen bleibt, d. h. man muß gestehen, daß man einen Widerspruch will. Zwar bildet man sich ein, nach Aufhebung der Folter eine Untersuchung zu haben, die diesen inneren

[1] Darin haben die strafrechtl. Fragen der Gegenw. S. 33 Recht. Aber das Folgende sehen sie nicht ein, oder verdrehen es. s. S. 45—49.

[2] Geib, Gesch. des röm. Kriminalprozesses S. 617. Die Sklaventortur in der Republik hatte einen ganz andern Sinn. eb. S. 138. 330. 348.

Widerspruch nicht enthalte. Die Wahrheit ist aber, daß nur an die Stelle der Daumenschrauben die Gewissensschrauben und manche andere Schrauben getreten sind, in denen eben nur eine Uebersetzung des fünfzehnten in das neunzehnte Jahrhundert liegt.[1]

Auch Zachariä erkennt jetzt an, daß der gemeinrechtliche Unterschied von General- und Spezialuntersuchung von dem Unterschied zwischen Untersuchungs- und Beweisverfahren, wie er ihn (abgesehen von seinen Grillen über Anklage- und Untersuchungsprinzip) richtig als den durch den Begriff geforderten aufstellt, himmelweit verschieden sei und nichts tauge, weil er einen stets willkührlichen und gehaltlosen Abschnitt bilde, während doch ein solcher Abschnitt nur dann Sinn und Bedeutung habe, wenn er zwei qualitativ verschiedene Stadien des Verfahrens von einander scheide. Er gesteht jetzt, unter Verweisung auf seine Grundl. d. Krim. Proz. S. 76 ff., daß ihn ehmals andere Vorstellungen von der Bedeutung jener Unterscheidung für den deutschen Strafprozeß gefangen gehalten haben, und setzt sehr zeitgemäß, wenn auch nicht höflich, hinzu: „Hält man den Kern dieser Betrachtung fest, so erklärt sich zur Genüge der fast chaotische Wirrwarr der theoretischen Meinungen über den Unterschied zwischen General- und Spezialuntersuchung, wobei in der That über des Kaisers Bart gestritten wurde, während die Praxis, die von diesen für die Stellung des Inquirenten und des Angeschuldigten nutzlosen Streitigkeiten gar nicht berührt wurde, ruhig ihren inquisitionsmäßigen Gang fortgieng und sich um die theoretische Spreu mit Recht nicht kümmerte." —

Daß diese Klage über die Unfruchtbarkeit der von der Praxis mißachteten Theorie, eine Klage, die für das gesammte Strafprozeßrecht erhoben werden muß, keineswegs unbegründet ist, läßt sich gerade an dem hier zunächst vorliegenden Beispiele deutlich machen. In seiner ursprünglichen kanonischen Form hatte der Untersuchungsprozeß die Unterscheidung in die zwei Abschnitte der General- und der Spezialuntersuchung als eine ganz natürliche aufgenommen, die seiner Idee vollkommen entsprach. Die Kirche nämlich von ihrem eigenthümlichen Standpunkte aus konnte kein Arg daran finden, die Untersuchung auch auf das Innere des Angeschuldigten auszudehnen; ja, ihr mußte es als Hauptzweck erscheinen, eben

[1] So lang die Untersuchung das Subjektive zu ihrem Gebiete behält, kann es auch nicht anders sein. Dies will freilich der Verf. der strafr. Fragen nicht Wort haben.

auf dieses Innere einzuwirken, den Verbrecher zum Geständnisse zu bringen, ihn zur Reue und Entsündigung zu führen. Ihr konnte aber auch kein Vorwurf daraus gemacht werden; denn auf ihrem eigenthümlichen Standpunkte konnte sie keine partheilichen Interessen, keine kontradiktorische Verfechtung derselben, keine hierauf gegründete Einrichtung des Beweisverfahrens anerkennen.[1] Wenn sie nun aber eben deshalb keinen Anstand nahm, Inneres wie Aeußeres gleichmäßig zu untersuchen und mithin die oben geforderte Unterscheidung zweier qualitativ unterschiedenen Stadien des Verfahrens nicht zu machen, so war dies deshalb ohne Nachtheil, weil sie gegen das Innere des Angeschuldigten eben nur mit subjektiven Mitteln, Ermahnungen rc., keineswegs mit Zwang zu wirken suchte, weil sie sich demselben überhaupt nur wie die Mutter dem verirrten Sohne gegenüberstellte. Unter dieser Voraussetzung war eben die Scheidung des Verfahrens in General- und Spezialuntersuchung die einzig natürliche und zweckmäßige. Die Generaluntersuchung hat nämlich eben nur die Aufgabe, sich der Existenz eines Verbrechens zu versichern und Anzeigen gegen den Thäter zu sammeln, um ihn sofort der Spezialuntersuchung unterwerfen zu können; wogegen die letztere dazu bestimmt war, gegen den als verdächtig Anerkannten das Verbrechen nach seinem gesammten, subjektiven und objektiven, Thatbestande durch Untersuchung in's Klare zu bringen. Ursprünglich sollte die Inquisition überhaupt nur eintreten, wo infamia, d. h. eine von ehrenhaften Leuten getheilte öffentliche Meinung, daß Jemand ein Verbrechen verübt habe, vorhanden wäre; auch sollte sie eben nur über diejenigen Thatsachen eröffnet werden, welche die Berüchtigung enthielt,[2] daher denn auch dem Angeschuldigten stets vor Allem diese Punkte offen vorgelegt, und ebenso später die Namen und Aussagen der gegen ihn abgehörten Zeugen mitgetheilt werden sollten.[3] Indessen wurde doch auch einer glaubhaften Denuntiation die Wirkung beigelegt, eine amtliche Untersuchung zu veranlassen;[4] und, da zugleich bei allgemeinen oder durch bestimmte Veranlassungen motivirten Visitationen von geistlichen Instituten, Sprengeln rc. eine allgemeine Nachforschung nach etwa begangenen Uebelthaten angeordnet wurde,[5] so wurde eine schützende

[1] Vgl. Biener, Abh. 2. S. 64—67. AM. Leue, Anklageprozeß S. 38.
[2] C. 17. 19. 21. §. 1. 2. C. 24 X. de accus. C. 31 X. de simon.
[3] C. 21. 24. 26. X. de accus.
[4] C. 14. 19. X. eod.
[5] C. 17. 18. 21. 22. 26. X. eod.

Anordnung nothwendig, die denn gerade in der Unterscheidung der Generaluntersuchung von der Spezialuntersuchung, d. h in der Bestimmung lag, daß eine spezielle Untersuchung gegen eine bestimmte Person nicht eröffnet werden dürfe, wenn nicht durch eine allgemeine Untersuchung darüber, ob wirklich ein Verbrechen vorliege, und Anzeigen über die Thäterschaft jener bestimmten Person die spezielle Untersuchung gegen sie motivirt worden sei. [1]

Was nun aber in dem Verfahren der Kirche auf dem Standpunkte, von welchem sie ausgehen durfte, durchaus natürlich und zweckmäßig erschien, das war es nicht ebenso vom Standpunkte des Staates aus, wenn dieser sich das kirchliche Verfahren aneignete. In seiner Befugniß lag es nicht, sich den Angeschuldigten nur eben so gegenüberzustellen, wie die Kirche; seine Pflicht war es, in ihm die freie bürgerliche Persönlichkeit zu achten und daher die Untersuchung im e. S. auf das Aeußerliche zu beschränken, nicht aber auch die Tendenz zum Geständnisse aus dem Kirchenrechte aufzunehmen, die er von seinem Standpunkt aus nur mittelst Zwangs, d. h. nur durch die Tortur realisiren konnte; seine Pflicht war es, das von der Kirche übernommene Prinzip auf der Grundlage der Idee der Persönlichkeit organisch zu gestalten. — Dieser seiner Aufgabe kam jedoch der Staat nicht nach. Theilweise that es der französische Staat, indem er wenigstens das Institut der Staatsanwaltschaft schuf, und auch dies verdankte er wohl vorzüglich dem Umstande, daß in Frankreich die Staatsgewalt selbst die Fortbildnerin des Prozeßrechts wurde. [2] In Italien und Deutschland dagegen fiel dieses Amt vorzugsweise der gelehrten Doktrin und Praxis zu, und diese Gelehrsamkeit war es denn, welche sich zur Auffassung jenes wesentlichen Punktes unfähig erwies. Daß dann aber in Deutschland im Verlauf der Zeit überhaupt der abstrakte Staatsabsolutismus mit grundsätzlicher Negation des Rechts der freien Persönlichkeit das ganze Strafprozeßrecht durchdrang, dafür sorgte die von der aufgeblähten Fürstenmacht ausgehende Partikulargesetzgebung in Verbindung mit der Wohldienerei der aus diesem Rechtstheile ihr Monopol machenden, Doktrin und Praxis beherrschenden deutschen Rechtswissenschaft

[1] C. 17. 21. 24. X. de accus. C. 23. X. de elect. Biener, Beiträge S. 84—89.

[2] Biener, a. a. O. S. 192—216. Frey, Frankr. Civil- u. Krim.Ger.Vf. S. 205—213. Stein, franz. R.G. S. 484—489. 665 f. F. Hélie, Traité de l'instr. crim. I. 472. II. 71.

leider nur zu gut. — Zwar kamen auch in Italien und Deutschland einzelne Ansätze zu einer organischen Ausbildung des Verfahrens, namentlich z. B. zur Aufstellung eines besondern öffentlichen Anklägers und eines kontradiktorischen Verfahrens[1] hie und da vor; und namentlich in den deutschen Städten finden sich zum Theil noch viel reifere Bildungen, die nur leider keinen Erfolg hatten; — allein im Ganzen wurde eben in beiden Ländern der kanonische Prozeß kritiklos geradezu in die weltlichen Gerichte herübergetragen und dadurch die Entartung des Untersuchungsprinzips vorbereitet. Statt jene Erwägungen anzustellen, ob denn überhaupt dem weltlichen Gerichte derselbe Standpunkt zukomme, wie dem geistlichen, beschäftigten sich die italienischen Rechtsgelehrten[2] vornämlich nur mit der Frage, ob der Untersuchungsprozeß nicht auch im römischen und longobardischen Rechte begründet sei, und, nachdem sie sich diese Frage bejaht hatten, nahmen sie keinen Anstand, die kanonische Gestalt des Strafprozesses mit allen ihren für den Standpunkt des Staats ungehörigen Besonderheiten anzunehmen; ja, noch mehr: sie setzten aus dem römischen Rechte noch dies und jenes hinzu, was das Uebel ärger machte, z. B. die Tortur. Auch in der vorliegenden Frage beließen sie es im Wesentlichen ganz bei dem durch das kanonische Recht aufgestellten Unterschiede von General- und Spezialuntersuchung, und, wenn sie als Wahrheitserforschungsmittel die Folter aus dem römischen Rechte herübernahmen, so war dies zwar an sich barbarisch, aber es bewies doch die richtige Einsicht, daß ohne dies die Uebertragung des kirchlichen Verfahrens in die Sphäre des Staats keinen Sinn haben würde. In der Natur der Sache lag es, daß sie die kanonischen Bestimmungen über den Eintritt des Untersuchungsprozesses verallgemeinerten und daß sie denselben zur ordentlichen Strafe führen ließen. Eine unwesentliche Modifikation war es, daß sie nach Analogie des Anklagelibells einen förmlichen Inquisitionslibell forderten, der als Resultat der Generaluntersuchung dem Angeschuldigten bei Eröffnung der Spezialuntersuchung vorgelegt werden müsse. — In der That hatte nun auch auf dem einmal angenommenen Standpunkte die Unterscheidung einen guten Sinn. Sie führte zur Entwicklung der Lehre vom Thatbestand, insbesondere zu dem Satze, daß die Spezialuntersuchung nicht eröffnet werden dürfe, bevor nicht der objektive Thatbestand bis auf

[1] J. B. J. Clarus, Pract. crim. §. fin. qu. 3. 10. Bair. L.O. v. 1553, bei Freiberg, öff. Gerichts-Verf. S. 267.

[2] Biener, Beiträge S. 90—119.

einen gewissen Grad hergestellt sei. [1] Zugleich hatte sie wenigstens den v. a. Vortheil für den Angeschuldigten, daß damit ein bestimmter Anhaltspunkt für den Eintritt des Anschuldigungsstandes und der damit verknüpften mannigfachen Nachtheile gegeben war. — In dieser Gestalt gieng denn der Untersuchungsprozeß des kanonischen Rechts auch in die deutschen Gerichte über, welche die Spezialuntersuchung stets mit der Vernehmung über die sog. Artikel (Resultat der Generaluntersuchung, Untersuchungslibell) zu eröffnen pflegten. [2] Dabei waren meist die Untergerichte für verbindlich erklärt, in allen zweifelhaften Fällen die Spezialuntersuchung nicht ohne vorgängiges Erkenntniß der Obergerichte oder Schöppenstühle zu verhängen. Besonders das Ansehen von Karpzov wirkte zur Verbreitung jener Ansicht mit.

Allein da die deutsche Jurisprudenz schon früher dazu neigte, dem Staatsabsolutismus zu huldigen, und dem Strafverfahren unter prinzipieller Hintansetzung des Rechts der freien Persönlichkeit den abstrakten Zweck der Rechtsverwirklichung zu unterlegen, so konnte sich jene Unterscheidung, die nur als lästige Fessel erschien, auf die Dauer nicht halten. Man wünschte mehr und mehr, den Angeschuldigten auch vor der Entwerfung der Inquisitionalartikel schon vernehmen zu können; [3] zugleich führte die Ansicht, daß die Verhängung der Spezialuntersuchung ehrenkränkend sei, zu dem Wunsch, wenigstens bei geringeren Straffällen die Vernehmung auf Artikel ganz umgehen zu können. [4] So kam man auf den Gedanken, zwischen die General- und Spezialuntersuchung eine sog. summarische Untersuchung einzuschieben, die theils zur Vervollständigung der Artikel für die Spezialuntersuchung, theils zum Zweck, diese ganz entbehrlich zu machen, dienen sollte. Der Gedanke fand um so mehr Beifall, als man es nach und nach immer unzweckmäßiger fand, die Zeugenverhöre und andere Schritte doppelt vorzunehmen. Allein unvermerkt kam man dadurch zu einer völligen Umgestaltung des gesetzlichen Rechts.

[1] Vgl. Ang. Aretin. Tract. de malef. Rubr. quod fama publ. n. 108. Rubr. haec est quaedam. n. 50. Hipp. de Mars. Pract. §. principium. n. 4. §. postquam. n. 6. J. Clarus, Pract. §. fin. qu. 3.

[2] Braunschw. Lüneb. B.O. v. 1564 bei Pufendorf. Introd. in proc. crim. Luneb. im Anh. Sächs. Konst. v. 1679 bei Carpz. Pract. qu. 107. nr. 69. Bair. Malef. O. 1616. Tit. 2. Art. 1.

[3] Brunnemann bei Biener S. 177.

[4] Ludovici und Berger, die Wittenberger Fakultät und der Leipz. Schöppenstuhl bei Biener S. 178—180.

Erst hatte man die summarische Untersuchung als ersten Theil der Spezialuntersuchung angesehen; seit man aber dieser gern ganz los sein wollte, verlegte man sie in die Generaluntersuchung, wovon nun die Wirkung begreiflich die war, daß die Generaluntersuchung ihren ursprünglichen Charakter ganz verlor, daß sie vielmehr Stück für Stück von dem, was ehmals Spezialuntersuchung hieß, ja endlich diese ganz und gar in sich absorbirte, so daß die Vernehmung auf Artikel zur leeren Form wurde oder ganz abkam. Mit Recht wurde daher von Feuerbach die summarische Untersuchung als Spezialuntersuchung bezeichnet, was sie in der That dem Wesen nach geworden war.[1] Nunmehr aber lag die Sache so: Die Spezialuntersuchung war ihrem Gehalt nach in die Generaluntersuchung herübergetragen und unter ihr Prinzip gestellt worden. Man hatte keinen Sinn mehr für die schützenden Formen, die früher ihren Eintritt begleitet hatten, weil man das Recht der freien Persönlichkeit im Angeschuldigten nicht mehr respektirte und nur das Prinzip der Zweckmäßigkeit gelten ließ. Diesem aber war nach der jetzigen Ansicht allerdings die ehmalige Scheidung des Untersuchungsverfahrens in zwei bestimmt unterschiedene Stadien ganz entgegen. Denn jetzt war man zu der entschiedenen Ueberzeugung gelangt, daß das Innere des Angeschuldigten gerade ebenso einen Gegenstand zwangsweiser Untersuchung bilde, wie das äußere Faktum. Man fand daher eine Scheidung der Stadien zweckwidrig und nachtheilig, da sie bloß Verzögerung und unnöthige Wiederholungen herbeiführe. Darin lag keineswegs, wie Mittermaier[2] meint, eine völlige Unkenntniß, sondern eine ganz zutreffende Einsicht in das, was das praktische Bedürfniß der Zeit forderte. Ganz richtig drückt dies Zachariä (der nur wieder mit Unrecht Alles dem Untersuchungsprinzip in die Schuhe schiebt) so aus: „Die Untersuchung, die Alles im Prozesse zum Objekt ihrer Thätigkeit macht, kann sich zwar im Hinblick auf ihren endlichen Zweck in verschiedenen Stadien befinden; auch wird sie hiernach ihre Anforderungen an den Inquisiten mehr und mehr steigern, seine Lage nach Umständen immer drückender machen, um von Stufe zu Stufe zu ihrem Ziele fortzuschreiten, — allein sie kann ihrem Wesen nach keinen, durch ein bestimmtes Merkmal zu charakterisirenden Abschnitt machen, weil ihr Wesen von Anfang bis zu Ende ein und dasselbe bleibt, und selbst

[1] S. das Nähere bei Biener S. 182—192.
[2] Strafverfahren §. 111. II. S. 12.

der Moment, wo sie sich gegen bestimmte Personen richtet, deßhalb in der That bedeutungslos bleiben muß, weil auch diese Personen nun bloß zu Objekten der fortschreitenden Inquisition werden." — Somit war es völlig sachgemäß, wenn die Praxis immer mehr dahin kam, jenen Abschnitt als einen beweglichen zu betrachten und zu einer gehaltlosen Formalität zu machen, wenn ferner Gesetzgeber, die den Geist des gemeinrechtlichen Verfahrens verstanden, den alten Unterschied ganz aufhoben. So in Oestreich und Preußen. Besonders belehrend in dieser Beziehung sind die Erfahrungen, welche man in Wirtemberg [1] machte, wo man im laufenden Jahrhunderte mehrfach den Unterschied gesetzlich wiederherzustellen suchte, die Praxis aber jedesmal unfehlbar dazu kam, ihn wieder zu verwischen [2] (gleichwohl hat die neue Strafproz.O. abermals am Steine des Sisyphus geschoben! [3]). Hie und da behielt der Unterschied allerdings noch einige Bedeutung, — da nämlich, wo nach Gesetz oder Herkommen nach beendigter Generaluntersuchung entweder ein anderes Gericht oder wenigstens eine stärkere Besetzung des Gerichts einzutreten hatte. Meistens aber ist der Uebergang aus einem Stadium in das andere gar nicht bemerkbar. So ergiebt sich denn freilich, daß diese Verwischung, wozu man auch mit aus dem Grunde den Anfang machte, weil man dem Angeschuldigten das Ehrenkränkende der Spezialuntersuchung ersparen wollte, nun umgekehrt dazu geführt hat, ihn auch schon in der Generaluntersuchung mit diesem Uebel zu belasten! Und nicht etwa bloß in der Volksmeinung; vielmehr ist es eine ganz richtige Bemerkung, wenn Zachariä [4] sagt: „Auch erklärt sich aus der mangelnden Bestimmtheit der Begriffe und der Bedeutungslosigkeit der Unterscheidung zur Genüge, weshalb neuere Verfassungs-, Staatsdienst- und Gemeindegesetze, insofern sie die Suspension von der Ausübung gewisser Rechte und Funktionen bei den eines Verbrechens angeschuldigten Personen verfügen, sich ganz allgemeiner Ausdrücke bedienen, die ebensowohl auf die summarischen, als die ordentlichen oder Spezialverhöre bezogen werden können." [5] — Während nun aber Gesetzgebung und Praxis in der geschilderten Weise, ge-

[1] Vgl. auch das Bair. Straf-G.B. II. Art. 72 f. 92 f.

[2] Holzinger, Komm. I. S. 385—389.

[3] Dies wird freilich von Mittermaier a. a. O. S. 14. 15. gelobt.

[4] Gebrechen und Reform S. 129.

[5] Vgl. Zachariä, Staatsr. I. S. 258 f. 388 f. Ders. im Archiv. 1842. S. 207. Bopp in der Zeitschr. für deutsch. Strafverf. I. S. 465.

leitet vom Bedürfnisse des Lebens, und unterstützt von der Doktrin ihrer Zeit, ganz entschieden ihren Weg giengen und eben dadurch zu dem gedachten trostlosen, jedoch dem Geiste des gemeinrechtlichen Verfahrens völlig entsprechenden Ergebnisse kamen, — ist es, man weiß nicht, ob mehr traurig, oder lächerlich, wenn man zusieht, wie die heutige Jurisprudenz sich abmüht, gleichwohl noch an dem alten Unterschiede festzuhalten und eine gänzlich unpraktische Sache mit aller möglichen theoretischen Pedanterie zu behandeln,[1] so daß selbst ein Prozessualist, der früher der Schule anhieng, neuerdings aber in diesem Punkt sich bekehrt hat, nicht nur von einem fast chaotischen Wirrwarr der theoretischen Meinungen über jenen Unterschied sprechen, sondern auch gerade heraus sagen kann, es sei dabei lediglich um des Kaisers Bart gestritten worden, während sich die Praxis um diese theoretische Spreu nicht bekümmert habe.

Mit der Verwischung des Unterschieds zwischen General- und Spezialuntersuchung, der schon an sich den wahren Unterschied in den Stadien des Verfahrens nur dürftig ersetzte, hängen nun aber, wie auch Andere anerkennen, verschiedene weitere Mängel zusammen, namentlich: die Unmöglichkeit einer praktischen Bestimmung über den Anfangspunkt des mit so empfindlichen Nachtheilen für den Betheiligten verbundenen Anschuldigungsstandes, was man freilich selbst in konstitutionellen Staaten von Seiten der Regierungen nicht als den baaren Widerspruch mit den Verfassungsprinzipien, der es war, anerkannte, — ferner: die durch die Formlosigkeit des deutschen Strafprozesses in der fraglichen Beziehung begründete Möglichkeit des willkührlichen Wechsels und der beliebigen Ausdehnung des Gegenstandes der Untersuchung,[2] ein Mangel, der ganz mit Unrecht dem Untersuchungsprinzip als solchem zur Schuld zugerechnet wird, wie schon oben gezeigt wurde; — endlich: das möglicher Weise Jahre lang fortdauernde Schwanken in Betreff der faktischen Begründung derselben Anschuldigung, indem der Prozeß vielleicht auf irgend welche unbestimmten Indizien hin eingeleitet wird, sein Verlauf aber erst aus den inquisitorischen Künsten, die mit dem Angeschuldigten vorgenommen werden, seinen Widersprüchen, Entschuldigungsgründen ꝛc. seine Nahrung und fernere Richtung erhält.[3]

[1] Hier kann denn selbst der Verf. der strafrechtl. Fragen der Gegenwart S. 61—73 als advocatus diaboli dienen.

[2] Mittermaier im Archiv. III. S. 541 f.

[3] Fälle bei Escher, Lehre vom Betrug. S. 128. Demme, Annalen. I.

4) Die Heimlichkeit und Schriftlichkeit.

Mit der bis jetzt erörterten Konsequenz des Grundgebrechens im gemeinrechtlichen Prozesse hängt eine zweite ganz genau zusammen: die Heimlichkeit und Schriftlichkeit des Verfahrens. Unsere Doktrinäre verwirren auch hier wieder den einfachen Sachbestand sehr unnöthiger Weise dadurch, daß sie die Mündlichkeit[1] und Oeffentlichkeit als Konsequenzen des Anklageprinzips darstellen, mithin die Heimlichkeit und Schriftlichkeit dem Untersuchungsprinzip als solchem auf die Rechnung setzen. Von den nichtssagenden Gründen Zachariä's und seiner obendrein der Wahrheit gemachten Einräumung war schon oben die Rede. Nicht glücklicher ist aber Mittermaier in seiner Beweisführung. Wenigstens ist es eine sehr vage Bestimmung, wenn er sagt, in der zwischen dem Ankläger und dem Angeklagten geführten Verhandlung sei die Seele der urtheilenden Richter gleichsam der Kampfplatz, auf welchem die beiden Partheien ihren Streit führen, indem sie die Richter durch die von ihnen vorgelegten Beweise und Ausführungen von der Wahrheit ihrer Behauptungen zu überzeugen suchen. Warum — darf man doch wohl fragen — sollte die Seele der Richter dieser Kampfplatz nicht eben so gut bei schriftlicher Verhandlung sein können, wie es im bürgerlichen Prozesse vorkommt? Es ist sehr richtig, daß der Anklageprozeß, wo er prinzipiell bestand (im römischen Freistaate), die Form der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit hatte; aber der Grund dafür lag nicht unmittelbar im Anklageprinzip, sondern darin, daß der Staatswille dort die lebendige Persönlichkeit des Bürgers zu seinem wesentlichen Organe hatte, zu deren angemessener Erscheinung allerdings das persönliche Auftreten in der lebendig konkreten Form der Rede gehörte. Der Streit ist übrigens keineswegs ein bloßer Schulstreit. Denn M. behauptet in der That, daß Heimlichkeit und Schriftlichkeit dem Untersuchungsprinzip eigne. „Ueberall", sagt er, „wo das Verfahren mehr inquisitorisch wird, macht leicht die

209 f. V. 412 f. VI. 170 f. VIII. S. 423 f. Bauer, Strafrechtsfälle. II. S. 1 ff. und besonders die verrufenen politischen Prozesse seit 1819. Die strafrechtl. Fragen der Gegenw. preisen dies freilich als „die bewegliche Natur" des einseitigen Inquisitionsprozesses (S. 51).

[1] Wir brauchen das Wort, weil es gewöhnlich in dem hier angenommenen Sinne gebraucht wird. Richtiger spricht man allerdings von Unmittelbarkeit der richterlichen Erkenntniß.

Ansicht sich geltend, daß die Untersuchungsbeamten sich bemühen, durch kunstmäßige, wohlberechnete Verhöre die Wahrheit auszumitteln; die Benützung jeder möglichen Beweisquelle führt dazu, das Ergebniß derselben aufzuzeichnen, um sich darauf in der späteren Verhandlung berufen zu können" ꝛc. Man sieht freilich dieser Stelle große Unsicherheit und Unbestimmtheit an, daher denn auch M. nachher noch einen andern, wenigstens solideren Grund in der Trennung zwischen untersuchendem und erkennendem Gericht beibringt. [1] Es bedarf indessen wohl kaum mehr einer Hinweisung darauf, daß auch hier wieder der Grundirrthum der Verwechslung des gemeinen deutschen Prozesses mit dem Untersuchungsprozesse überhaupt vorliegt. Denn nur dem ersteren kann die Bemühung um kunstmäßige, wohlberechnete Verhöre, und was damit zusammenhängt, nachgesagt werden. Der wahre Grund aber, warum dieser Prozeß heimlich und schriftlich ist, liegt ganz und gar nicht in dem Untersuchungsprinzip als solchem, sondern vielmehr darin, [2] daß er von diesem nur eine Seite durchführt, daß er insbesondere den Angeschuldigten als bloßes Mittel für seinen Zweck ansieht und deshalb das ganze Verfahren bis zum Urtheil gleichmäßig zum Untersuchungsverfahren im e. S. macht, indem er Inneres und Aeußeres der That auf gleiche Weise mittelst Zwangs an's Licht zu bringen sucht. Ihm liegt es nicht daran, durch die objektive Macht der Wahrheit auf das Gewissen des Angeschuldigten, beziehungsweise auf das Volksgewissen zu wirken; denn die bürgerliche Freiheit, das freie Subjekt erkennt er nicht als Selbstzweck an; ihm ist die Oeffentlichkeit in ihrer wahren Bedeutung ein Ding ohne Sinn, da es ihm völlig überflüssig, ja ungeeignet erscheint, daß Recht und Staat mit dem Wissen und Willen des Bürgers sich zu vermitteln habe; die Heimlichkeit ist daher sein Naturgesetz. Da aber der auf das Innere des Angeschuldigten ausgedehnte Untersuchungszwang eine Reihe listiger Veranstaltungen bedingt, die einerseits dem Angeschuldigten selbst undurchsichtig bleiben, dagegen behufs der späteren Urtheilsfällung fixirt werden müssen, so ist die Schriftlichkeit die nothwendige Begleiterin der Heimlichkeit. Es ist jedoch ganz und gar verkehrt, wenn all dies dem Untersuchungsprinzip als solchem zur Last gelegt wird. Vielmehr zeigt ja der englische

[1] Vgl. Biener Abh. 2. S. 134—137.

[2] Daher auch nicht im ursprünglichen kanonischen Recht, wie Leue u. A. meinen, die geschichtliches Wissen für überflüssig halten.

und französische Prozeß hinlänglich, daß aus der naturgemäßen Gliederung desselben gerade das Gegentheil hervorgeht. Diese fordert nämlich vor Allem, daß der Untersuchung (die mit Zwangskraft ausgerüstet sein muß) nur das unterworfen werde, was derselben fähig ist, daß mithin das Innere des Angeschuldigten von aller derartigen Einwirkung mittelst mittelbaren oder unmittelbaren Zwangs frei bleibe, daher das Untersuchungsstadium dann geschlossen werde, wenn mittelst der auf die objektive Seite gerichteten Untersuchung die Wahrscheinlichkeit erbracht ist, daß der Verdächtige der Thäter sei. Da nun aber das Urtheil die vollständige Ausmittlung des subjektiven, wie des objektiven Thatbestandes voraussetzt, so ist ferner nothwendig, daß auch das eigene Urtheil des schuldigen Subjekts oder der sein Gewissen vertretenden Geschworenen, daß es schuldig sei, — beziehungsweise das Urtheil der Geschworenen, daß keine Schuld vorhanden sei, erwirkt werde, damit Strafe oder Freisprechung ausgesprochen werden könne; eben dieses Urtheil aber ist durch das öffentliche mündliche Beweisverfahren herbeizuführen, dessen wesentlicher Zweck mithin ist, durch die möglichst vollständige lebendige Wiedervorführung der That nach allen ihren Seiten als eines zusammengehörigen Ganzen die objektive Macht der Wahrheit auf das Gewissen des Angeschuldigten oder seiner Gewissensvertreter wirken zu lassen.

Wie unsicher unsere Doktrinäre in Beziehung auf den organischen Zusammenhang der einzelnen Seiten und Momente des Strafverfahrens sind, dafür kann wieder Mittermaier zum Beispiele dienen. Einerseits kommt er der Wahrheit wenigstens sehr nahe, wenn er sagt: „Der Grundsatz der Mündlichkeit besteht in einer solchen Einrichtung des Verfahrens, daß alle Verhandlungen, auf deren Grund verurtheilt werden kann, daher die Anklage, alle Beweise, die Begründung derselben vor den Richtern, welche das Urtheil fällen sollen, selbst geführt werden, und zwar so, daß die Richter ebenso wie der Ankläger und der Angeklagte die Erhebung und die Benützung der Beweise beobachten und darauf wirken können. Diese mündliche Verhandlung vor den urtheilenden Richtern ist das eigentliche Strafverfahren.“ Andererseits spricht er sich aber über das Vorverfahren wieder sehr unentschieden aus, indem er einestheils sich durch einen bei den französischen korrektionellen Gerichten hie und da vorkommenden Gebrauch verleiten läßt, dasselbe für nicht an sich wesentlich zu erklären, anderntheils verschiedene Modifikationen desselben für denkbar hält, namentlich theils eine solche, wo so gut als gar kein Vorverfahren vorkommt,

theils eine solche, wo die ganze Verhandlung zuerst schriftlich geführt und dann nur eine mehr oder weniger dürftige Rekapitulation der Ergebnisse derselben eintritt, — welche, bei den deutschen Gesetzgebern letzter Zeit beliebte, namentlich im preußischen Entwurf und in der wirtembergischen Strafproz. O. fixirte Form doch nur der bloße Schein der Mündlichkeit und ein nicht nur unnützer,[1] sondern auch schädlicher Ueberfluß ist. Hinterher giebt er aber doch wieder mit Recht der allein richtigen Form des englischen und französischen Strafprozesses den Vorzug, welche behufs des Urtheils, ob eine öffentliche Anklage gegen eine bestimmte Person zuläßig sei, sowie behufs der Vorbereitung der mündlichen Beweisführung eine gerade auf die Herstellung dieser Vorbedingungen gerichtete Voruntersuchung als wesentlichen Abschnitt des Verfahrens voraussetzt. Zachariä bemerkt richtig, daß die Schriftlichkeit[2] doch gar nicht mit dem Prinzipe der Erforschung der materiellen Wahrheit harmonire, dessen Festhaltung man so oft dem Untersuchungsverfahren nachrühme. Er hätte indessen treffender auch auf die fernere Bemerkung kommen dürfen, daß eben der gemeinrechtliche Prozeß und der Untersuchungsprozeß als solcher nicht schlechthin identisch seien, da er ja selbst sogar dem von ihm sogenannten Untersuchungsprinzip die Anerkennung der Forderung der Mündlichkeit oder Unmittelbarkeit keineswegs absprechen will.[3] Außerdem macht er mit Recht auf die Werthlosigkeit der vielgerühmten Gebärdenprotokolle, sowie auf die illusorische Eigenschaft des im gemeinrechtlichen Prozesse dem Angeschuldigten zugestandenen Beschwerderechts aufmerksam. Wenn übrigens die Schriftlichkeit des gemeinrechtlichen Prozesses hie und da durch den löblichen Grundsatz desselben, den erkennenden Richter vom untersuchenden zu trennen, zu rechtfertigen gesucht wird, so ist, abgesehen von der Unstichhaltigkeit einer solchen Rechtfertigung an sich, namentlich noch zu bedenken, daß auch jener belobte Grundsatz vielfach in einzelnen Ländern verlassen wurde, ohne daß man darum ein Iota von der Schriftlichkeit aufgegeben hätte. Wie wenig aber die deutschen Regierungen (allein die badische ausgenommen) bis auf die neuste Zeit geneigt waren, dem Grundsatz der Mündlichkeit oder Unmittelbarkeit anders, als zum Scheine, zu

[1] AM. v. Breitschwerdt in Sarwey's Monatschr. S. dagegen meinen Artikel in den Jahrb. der Gegenw. 1845. H. IX. S. 787.

[2] Wenn Leue, Anklageproz. S. 125. aus der Schriftlichkeit gar die Folter ableitet, so weiß man nicht mehr, wie man ein solches Verfahren bezeichnen soll.

[3] Vgl. auch Braun, Hauptstücke rc. S. 22 f.

huldigen, das zeigen besonders deutlich die zuvor angeführten Beispiele des preußischen Entwurfs und der wirtembergischen Strafproz.O. Namentlich ist für die letztere bezeichnend, daß sie außer den nichtssagenden Bestimmungen über das Schlußverfahren auch noch die ungeheure Keckheit hatte, zu verordnen, daß bei Bagatellsachen die Untersuchung vor dem erkennenden Bezirksgerichte selbst solle geführt werden können (nicht müssen)! —

5) Die rechtlose Stellung des Angeschuldigten.

Eine dritte Konsequenz des o. a. Grundgebrechens im gemeinrechtlichen Strafverfahren ist die rechtlose Stellung des Angeschuldigten in demselben, womit das unorganische Verhältniß der im Prozesse thätigen Personen überhaupt zusammenhängt.

Zwar ist oben gezeigt worden, daß es in dem auf das Untersuchungsprinzip gebauten Strafverfahren allerdings keine Partheien in dem Sinne geben könne, wie sie im bürgerlichen Rechtsstreite vorkommen, und wie sie in dem Anklageprozeß des römischen Freistaats vorkamen. Zugleich wurde jedoch gezeigt, daß das Untersuchungsprinzip die besondere Fixirung der partheilichen Interessen in eigenen Organen nicht nur nicht ausschließe, sondern sogar fordere, [1] weil die Untersuchung nur dann die nothwendige Unpartheilichkeit haben kann, wenn ihre Organe von allem und jedem partheilichen Interesse rein erhalten werden, woraus denn folgt, daß dieses seine besondere Vertretung haben muß. [2] Daß damit nicht das Anklageprinzip gefordert sei, wurde schon oben nachgewiesen. Mit diesem wäre sofort auch die Verhandlungsmaxime gegeben und, wenn man einen öffentlichen Ankläger verlangt, eben nur an die Stelle einer Privatparthei der Staat als Parthei im Sinne des bürgerlichen Prozesses gesetzt, wovon grundsätzlich nicht die Rede sein kann und darf. Dagegen ist aufgewiesen worden, warum im Strafverfahren ein öffentlicher Ankläger [3] existiren müsse, dessen Thätigkeit von der des Untersuchungsrichters getrennt ist; deshalb nämlich, weil der Organismus für jede eigenthümliche Funktion

[1] Vgl. Biener Abh. 2. S. 83—85.

[2] Vgl. die sophistische Verdrehung in den strafr. Fragen der Gegenw. S. 55—61, die sich schon durch die von ihnen behauptete Nothwendigkeit der formellen Vertheidigung selbst widerlegt.

[3] Daß die Anklage die schon bewiesene Schuld voraussetze, ist ein grober Irrthum der strafrechtl. Fragen; aber derlei ist ihnen geläufig.

ein eigenthümliches Organ verlangt, das Interesse der unpartheiischen Untersuchung aber von dem der Verfolgung des Verbrechens wesentlich unterschieden und ihm entgegengesetzt ist. Deshalb müssen die Interessen der Anklage und der Vertheidigung eigenthümlich selbständig dem Untersuchungsrichter [1] gegenüber vertreten sein, ohne daß gleichwohl hier von Partheien im technischen Sinne die Rede sein könnte, d. h. von solchen, die den Inhalt des Rechtsstreits in ihrer Verfügung haben, die verzichten können, an deren Anträge der Richter gebunden ist *c*. Wie in Beziehung auf die Stadien des Prozesses, so enthält nun aber der gemeinrechtliche Prozeß auch hinsichtlich der Vertretung der verschiedenen wesentlichen Interessen [2] und der Stellung der thätigen Personen eine wüste anorganische Vermischung, und zwar in zwiefacher Richtung, indem er einerseits den Ankläger und Untersuchungsrichter in Eine Person zusammenwirft, andererseits dieser Person auch die sog. materielle Vertheidigung zumuthet, und infolge davon das Vertheidigungsrecht des Angeschuldigten auf die schnödeste Weise verkümmert. Nimmt man dazu, daß nach Partikularrecht die Eine so mit einem dreifachen Geschäfte gesegnete Person auch noch gar die Funktion des erkennenden Richters zu übernehmen hat, so wird man ein Recht bewundern, das solche Monstra von Richtern voraussetzt, geeignet, drei bis vier im innersten Widerspruche mit einander stehende Funktionen zugleich zu verrichten.

Daß der gemeinrechtliche Prozeß den Untersuchungsrichter zugleich zum Ankläger macht, [3] ist aber nicht bloß eine Sünde gegen den Begriff

[1] Daß dieser mitthätig ist, ignoriren die strafrechtl. Fragen. Es ist daher klar, daß Alles, was sie gegen das kontradiktorische Verfahren im französischen Rechte sagen, in Nichts zusammenfällt. Indem sie dann doch dasselbe durch Referat und Korreferat ersetzen wollen, also den Unterschied durch ein bloß Verschiedenes ersetzen wollen, zeigen sie die Mangelhaftigkeit ihrer Begriffe.

[2] Diese sind das Interesse der Schuld oder der Unschuld. Denn nur hievon handelt es sich im Strafprozesse, nicht um die Aufklärung eines Faktums an sich, etwa bloß zur Befriedigung der Neugier, wie es die strafrechtlichen Fragen S. 51. 73 f. darstellen. S. aber auch Biener Abh. 2. S. 86. 87. 90—93.

[3] Die strafrechtl. Fragen der Gegenw. S. 69. 70. läugnen dies freilich ab, sehen aber nicht ein, daß ihr: „Weder Für, noch Gegen" der Natur der Sache das: „Sowohl Für, als Gegen" in sich schließt, trotz der Ausreden des Pabstes, und trotz der salbungsreichen Phrasen von der edlen, unpartheilichen, universellen „Natur des deutschen Inquisitionsprozesses." Die „Absurdität und der Widersinn" bleiben daher an ihrer eigenen Ausführung haften. Eben so verkehrt ist es aber freilich, wenn umgekehrt Leue, Anklageprozeß S. 108 mit ge-

der Sache selbst, sondern es hat, wie alle Sünden dieser Art, so auch diese der Angeschuldigte bitter zu büßen. Es ist nämlich psychologisch unmöglich, daß dieselbe Person den beiden konträr entgegengesetzten Interessen, die sie zu vertreten hat, in gleichem Maße gerecht werde. Muß aber das eine davon in die Brüche fallen, so wird es nach der Natur der Dinge, die hier durch die Erfahrung unstreitig bestätigt wird, nur das der unpartheiischen Untersuchung sein. Der Inquirent will befördert sein, er will sich seine Sporen verdienen: das kann er aber durch gewissenhafte Unpartheilichkeit weit weniger erreichen, als durch Feuereifer im Verfolgen. Die politischen Prozesse der letzten Zeit haben redende Beispiele geliefert. Damit ergiebt sich aber von selbst die dem gemeinrechtlichen Prozesse mit vollem Rechte vorgeworfene Häufigkeit willkührlicher, grundloser Untersuchungen, welche unterblieben wären, wenn der Untersuchungsrichter den Antrag des Staatsanwalts abzuwarten und diesen zu kontroliren das Recht gehabt hätte. Denn es ist klar, daß er nur dann, wenn das Interesse der Verfolgung einem Andern übertragen, und seine spezifische Aufgabe die unpartheiliche Prüfung ist, auch eben in dieser seine Ehre suchen wird.[1] Desgleichen ergiebt sich daraus die Schwierigkeit, ja Unmöglichkeit für den Inquirenten, beim Anfange der Untersuchung eine unbefangene Prüfung darüber anzustellen, ob der Staat an der Eröffnung und Verfolgung derselben auch ein wirkliches Interesse habe; damit hängt dann wieder als weitere gewöhnliche Folge die schon berührte Möglichkeit des willkührlichen Wechsels und der beliebigen Ausdehnung des Gegenstandes der Untersuchung, sowie das Schwanken in Betreff der faktischen Begründung derselben Anschuldigung zusammen. Treffend hat diesen Mangel schon vor längerer Zeit Mittermaier[2] aufgedeckt. „So kommt es", sagt er, „daß Kriminalprozesse, welche, wegen leichter Vergehen begonnen, in ein paar Wochen leicht beendigt gewesen wären, Monate und Jahre lang dauern und den Glauben erwecken, daß unsere Inquirenten jeden Inkulpaten, den irgend eine Veranlassung in ihr Netz geliefert, als einen Menschen betrachten, an welchem sie ungehindert Experimente des Inquirirens machen dürften. Der Strafprozeß wird dadurch zu einer wahren Plage, indem er ohne Noth und Recht die Summe

wohnter Ueberspanntheit bis zu der Behauptung fortgeht, daß es eigentlich gar keinen Untersuchungsprozeß gebe.

[1] S. v. Arnim, Bruchstücke über Verbrechen und Strafen. I. S. 35 f.

[2] N. Archiv. III. S. 541 ff.

der Leiden des Angeschuldigten vermehrt. Eine solche Jagd nach Verbrechen ist gefährlicher, als die ehmalige Ketzerriecherei; sie verursacht dem Staat ungeheure Kosten und vermehrt den Haß des Volks gegen jeden Kriminalprozeß und Inquirenten. Auch ist nicht zu bezweifeln, daß jeder Kriminalprozeß um so verwickelter, herumschweifender und planloser werden muß, je mehr der Inquirent auf viele Verbrechen zugleich seine Thätigkeit richtet; die Verhöre verlieren ihren Zusammenhang; die halberwiesene Anklage des einen Verbrechens durchkreuzt die schwach begründete Anschuldigung des andern" ꝛc. Den Beweis für die Richtigkeit des Tadels liefern die freilich selbst sehr unzulänglichen Palliativmittel, welche verschiedene neuere Gesetzgebungen dem Uebelstand entgegenzusetzen versucht haben. Derselbe ist aber nicht minder in der Richtung vorhanden, daß auch hinsichtlich der Ausdehnung der Prozesse auf andere Personen die deutschen Inquirenten ihrer Willkühr überlassen sind, was sich namentlich in den politischen Prozessen der letzten Zeit auf schreckenerregende Weise fühlbar gemacht hat.[1] Der Mangel aller Garantieen, die in der Scheidung des Anklägers und des Inquirenten liegen, macht sich aber dem Angeschuldigten nicht nur hinsichtlich der frivolen Eröffnung und Vervielfältigung der Angriffe auf ihn fühlbar, sondern selbst im besten Fall weiterhin dadurch, daß er eben in demjenigen, der unpartheiisch untersuchen sollte, eine feindselige Parthei gegen sich hat.[2] Es liegt eine bittere Ironie darin, daß der gemeinrechtliche Prozeß, eben indem er alle Analogie der Partheienstellung im bürgerlichen Rechtsstreite entfernen will, gerade dahin kommt, den Inquirenten, indem er ihm die Rolle des Anklägers zutheilt, in die feindseligste, vorurtheilsvollste, dazu bei seiner Macht gefährlichste Stellung gegen den Angeschuldigten recht eigentlich hineinzudrängen. Wende man nicht ein, daß es denn doch an redlichen und wohlwollenden Inquirenten nicht fehle! Diese Tugend üben sie leicht auf Kosten der andern Pflicht aus, die ihnen obliegt. Ueberhaupt trifft der Vorwurf nicht die ausübenden Personen, sondern die schlechten Institutionen, welche dieselben unvermeidlich in einen Pflichtenkonflikt bringen, dem die gewöhnliche Natur nach psychologischen Gesetzen nicht gewachsen, und der an sich unnatürlich und unvernünftig ist.[3] Indessen suchte das

[1] Vgl. meinen Artikel. Jordan, in den Jahrb. der Gegenw. 1844. H. IV.
[2] Feuerbach, über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit. I. S. 164.
[3] Welcker, im Staatsler. IX. S. 73.

gemeinrechtliche Gesetz den Inquirenten doch wenigstens zu kontroliren, indem es ihm den Gerichtsschreiber und die Gerichtszeugen an die Seite setzte. Allein Praxis und Partikulargesetze sahen diese Beigaben als lästige Fesseln an, die denn auch meist entfernt wurden; und es ist eine ganz richtige Bemerkung, daß dies durch Gesetze geschah, die keineswegs zu den schlechten gehören, die es vielmehr recht ernstlich auf Beförderung wahrer Gerechtigkeit abgesehen haben. Denn in der That mußte die Annahme, daß es dem Richter möglich sei, Ankläger, Vertheidiger, und unpartheiischer Prüfer zugleich zu sein, nothwendig zu der andern führen, daß eine so vollkommene Person keiner Beaufsichtigung bedürfe, daß vielmehr jene Beigaben entbehrlicher Luxus seien. Anderswo, besonders bei den Patrimonialgerichten, wirkten freilich auch Gründe gemeinerer Art mit. [1]

Einer der praktisch verderblichsten Sätze des gemeinrechtlichen Prozesses ist nun aber der andere, daß der Untersuchungsrichter auch die sogenannte materielle Vertheidigung mit zu besorgen habe. [2] Auch unsere Doktrinäre gestehen meistens ein, daß es mit dieser vielgerühmten Wohlthat nicht weit her sei; nur freilich zeigen sie auch hier nur zu oft die wohlwollende, aber verwerfliche Tendenz, die Blöße des positiven Rechts mit dem Mantel der Liebe zu decken. Es liegt vor Allem wieder in der Natur der Sache, daß unter den drei Rollen, die der Untersuchungsrichter zu gleicher Zeit spielen soll, die des Vertheidigers die am schlechtesten bedachte sein wird. Nach den Grundsätzen des gemeinrechtlichen Prozesses muß der Inquirent vornämlich nach der Erlangung eines Geständnisses streben; nach denselben ist er nicht nur berechtigt, sondern auch beziehungsweise verpflichtet, die Mittel zum Angriff, die Fäden der Untersuchung dem Angeschuldigten zu verbergen; desgleichen ist ihm nach den Grundsätzen dieses Prozesses der Angeschuldigte während des ganzen Verlaufs der Untersuchung bis zum Urtheil hin schutzlos preisgegeben, er hat das Recht und die Pflicht, das Innere des Angeschuldigten zum Gegenstand, ja zum Hauptgegenstand einer zwangsweisen Untersuchung zu machen; deshalb hat sich auch in diesem Prozeß ganz naturgemäß eine eigene Inquisitionskunst ausgebildet, die mit Verhöhnung des Rechts der subjektiven Freiheit wesentlich nur auf das Fangen berechnet ist,

[1] S. Näheres bei Zachariä a. a. O. S. 86—88.

[2] P.G.O. Art. 47. Hannövr. Krim.-Instr. 1736. I. §. 2. II. §. 1. 2. IV. §. 10. Wirtemb. Strafproz.O. Art. 3.

was am besten durch die mannigfachen Warnungen bewiesen wird, welche human sein wollende, aber über den Geist der ganzen Institution in Selbsttäuschung befangene Gesetzgebungen hinsichtlich der Ausübung jener verdammlichen Kunst auszusprechen für nöthig gefunden haben. Zugleich rüstet der gemeinrechtliche Prozeß behufs der Erreichung jenes Hauptzwecks den Inquirenten mit einem stattlichen Apparat amtlicher Zwangsmittel und einem mehr oder minder zahlreichen Hilfspersonal aus, es stellt ihm die Person des Angeschuldigten fast unbedingt zu Gebot; letzterer ist „ein seiner Freiheit beraubter, von dem Verkehr mit der Außenwelt, mit Freunden, Verwandten und allen, die ihm Mittel zur Vertheidigung liefern könnten, völlig abgeschlossener, vielleicht selbst noch mit wirklichen Fesseln belasteter Gefangener, der kaum so viel Freiheit der Bewegung genießt, wie der Vogel im Käfig, und der Alles, was er zu seiner Vertheidigung aus sich selbst zu schöpfen vermag, demjenigen anvertrauen und ins Gewissen schieben muß, welcher ihn als einen wahrscheinlich Schuldigen gefesselt hält, und von dessen beliebigem Ermessen es abhängt, ob und in wie weit er auf die vorgebrachten Vertheidigungsgründe einzugehen für nöthig halten oder sie als leere Ausflüchte übergehen will.“ Nicht untreffend ist wegen dieses Mißverhältnisses zwischen Angriff und Vertheidigung die Stellung des Inquirenten im gemeinrechlichen Prozesse mit der des absoluten Monarchen verglichen, und es ist zur allgemeinen Gewohnheit geworden, den Zustand des Angeschuldigten als den eines Bedrängten, als einen status anxietatis anzusehen. Wer mag aber nach solchen Prämissen zweifeln, daß bei den Inquirenten im gemeinrechtlichen Prozeß diejenige Seite der ihnen übertragenen Thätigkeit vorwiegen werde und müsse, welche nach dem Geiste dieses Verfahrens ihnen als die Hauptseite erscheinen muß,[1] daß also die vielgerühmte materielle Vertheidigung eine gehaltlose Beschönigung ist, mit der unsere gutmüthigen Doktrinäre sich selbst und Andern ein X für ein U machen?

Freilich ist neuerdings wieder die ganze Grundlage dieser Polemik angefochten worden, indem man es hat unpassend finden wollen, wenn man dem gemeinrechtlichen Prozesse die Vereinigung drei verschiedener Rollen in der Person des Untersuchungsrichters zum Vorwurf mache, da

[1] S. die Fälle bei v. Arnim, Bruchst. I. S. 44 f. Annal. der kurhess. Kriminaljustiz H. 1. Demme, Annal. VIII. S. 163. bes. der v. a. Wendtische Fall eb. I. 209. V. 412. VI. 170. VIII. 423.

dies ja eine Konsequenz des Untersuchungsprinzips selbst sei. „Warum," sagt Zachariä, „sollte überhaupt eine Untersuchung, die auf die Erforschung der wirklichen Beschaffenheit einer Sache gerichtet ist, nicht die Gründe Für und Wider mit gleicher Sorgfalt ermitteln und erwägen können? Warum müßten Gründe und Gegengründe immer verschiedene sie verfechtende Repräsentanten haben? Dann würde ja das Resultat einer bloß von einem Subjekte vorgenommenen Untersuchung nie auf Glaubwürdigkeit Anspruch machen können, und eine unendliche Menge von Früchten menschlicher Thätigkeit jede Bürgschaft ihrer Aechtheit und Wahrheit entbehren." Allein es entgeht ihm hiebei, daß von wissenschaftlichen und anderen Untersuchungen keineswegs dasselbe gelten muß, was von einer strafrechtlichen Untersuchung gilt, bei welcher es sich von berechtigten Subjekten handelt, bei welcher ferner die Hauptsache darin besteht, das Innere eines konkreten Individuums an das Licht zu bringen. Niemand wird freilich behaupten, eine Untersuchung überhaupt sei nicht möglich, wenn nicht das Für und Wider von verschiedenen Repräsentanten sich vertreten finde: vielmehr behauptet man dies nur von einer strafrechtlichen Untersuchung, und hier behauptet man nicht, diese Vertretung fließe aus dem Begriff der Untersuchung, sondern man behauptet, gerade da habe das Untersuchen im e. S. seine Grenze, wo es nicht mehr um Ermittelung von Objekten, sondern von subjektiven Momenten sich handle, kurz man behauptet dasselbe, was auch Zachariä praktisch als Resultat aufstellt, nur daß man nicht ohne alle Noth vom Anklageprinzip borgt, was innerhalb des Untersuchungsprinzips deduzirt werden kann.[1]

Ist es nun aber mit der sogenannten materiellen Vertheidigung schlecht bestellt, so verbindet sich damit der noch größere Uebelstand, daß eben deßhalb, weil der gemeinrechtliche Prozeß mit dieser sich brüstet, das Institut der formellen Vertheidigung bei ihm sehr im Argen liegt. Selbst nach dem Rechte der römischen Kaiserzeit hatte der Angeklagte volle Freiheit, bei allen gerichtlichen Handlungen sich eines Rechtsbeistands zu bedienen. Im deutschen Prozesse dagegen wird unter dem Vorwande, daß die Inquisition sich ja nur auf Fakta, nicht auf Rechtsfragen

[1] Dadurch erledigen sich auch die hochtrabenden Erklärungen der strafr. Fragen der Gegenw., die nicht einmal den Muth haben, die Konsequenzen ihrer Prinzipien auf sich zu nehmen.

beziehe, daß der Angeschuldigte die materielle Vertheidigung durch den Richter genieße, daß ihm überdies gegen Spezialuntersuchung, Tortur und Reinigungseid formelle Vertheidigung gestattet sei, ihm das Recht dazu im Uebrigen entzogen. Schon zu Karpzovs Zeiten war der Grundsatz anerkannt, daß die Hauptvertheidigung überhaupt erst nach geschlossenen Untersuchungsakten stattfinden dürfte; indessen gestattete man doch schon vorher die obengedachten Nebenvertheidigungen, freilich zum Theil unter aberwitzigen Beschränkungen.[1] Je mehr aber die abstrakte, mißbräuchliche Ausbildung des Inquisitionsprinzips voranschritt, um so mehr wurde fortwährend das Recht der formellen Vertheidigung beschränkt. In der That konnte man auch in gutem Glauben dazu kommen, wenn man eben an dem Dogma von der materiellen Vertheidigung gutmüthig festhielt. Es liegt eben daher gar nichts so Auffallendes in dem Ausspruch des österreich. Gesetzbuchs,[2] daß der Beschuldigte vor dem Erkenntnisse weder die Zugebung eines Vertreters oder Vertheidigers, noch die Mittheilung der vorhandenen Anzeigen verlangen könne. Andererseits ist nichts gewisser, als daß gerade in einem Verfahren, welches durch eine so unheilvolle Illusion den Angeschuldigten in die gefährlichste Lage gegenüber seinem Verfolger bringt, doppelter und dreifacher Grund zu möglichster Ausdehnung des Rechts der formellen Vertheidigung vorläge, namentlich wenn man noch bedenkt, daß in diesem Verfahren der erkennende Richter sich nur an die von dem Inquirenten verfaßten Protokolle halten kann, für deren Treue und Vollständigkeit in Beziehung auf den Entschuldigungsbeweis keine Garantie vorhanden ist. Allein freilich liegt es in der Natur dieses Prozesses, daß er der formellen Vertheidigung im Gegentheil möglichst ungünstig sein muß.[3] Vermöge der ihm nothwendigen Heimlichkeit und Schriftlichkeit war es ganz natürlich, wenn man nach und nach dazu kam, jene erst nach vorgängigem Aktenschlusse zu gestatten; durch den Mangel eines offenen Angriffs gegen den Angeschuldigten kommt er nothwendig dazu, den Vertheidiger in der Irre herumzuführen, und durch seine Tendenz zum Geständnisse entsteht in

[1] Vgl. Hannövr. Krim.-Instr. Kap. IV. §. 26. mit Pufendorf, Introd. in proc. crim. c. XIII. §. 11. Hessendarmst. P.G.O. v. 1726. Tit. IX. §. 3.
[2] G.B. üb. Verbrechen §. 337.
[3] Vgl. Tittmann, Handb. der Strafwiss. Thl. III. § 810. v. Jagemann, Handb. der Untersuchungskunde. I. §. 652 f.

ihm ein natürlicher Widerwille gegen diesen.[1] Daher gesteht auch Zachariä, der die Humanität mehrerer Partikulargesetzgebungen[2] in diesem Punkte preist, doch zu, daß das ganze Institut der Vertheidigung im gemeinrechtlichen Prozesse sehr im Argen liege und unter den Einflüssen des schriftlichen und heimlichen Verfahrens nur ein kümmerliches und für die Angeschuldigten mehr oder weniger garantieloses Dasein habe fristen müssen. Er bespricht noch im Besondern die traurige Erfahrung, daß die Mehrzahl der Vertheidigungsschriften fast unter dem Grade der Mittelmäßigkeit stehe, und daß sie häufig nur Produkte handwerksmäßig gefertigter Lohnarbeit oder eines mit Widerwillen, vielleicht auch mit krasser Ignoranz vollzogenen Reihedienstes seien,[3] wofür er aber mit Recht die Erklärung hauptsächlich nur in der ganzen Natur des bisherigen Strafverfahrens sucht, welches aller Reizmittel zur eifrigeren Pflichterfüllung von Seiten der Advokaten entbehre, ja im Gegentheil auch den gewissenhaftesten Vertheidiger überall in den wesentlichsten Punkten seiner Wirksamkeit hemme, ihn mit einem sein Ehrgefühl verletzenden Mißtrauen bewachen lasse, und ihm anstatt eines Lohnes die bittere Frucht getäuschter Erwartung, vielleicht selbst Verweise und andere Kränkungen davon zu tragen gebe, ohne daß er aus der Anerkennung seiner Mitbürger Trost und Beruhigung zu schöpfen vermöge. Es ist hinlänglich bekannt, in wie kleinlicher und schnöder Weise die Vertheidiger im gemeinrechtlichen Prozesse gerade in Beziehung auf die Hauptquellen für den Stoff ihrer Thätigkeit, Akteneinsicht und Vernehmung des Angeschuldigten beschränkt werden, mit welchem niedrigen Mißtrauen und Hochmuth nur zu oft der Advokatenstand von den Gerichten und den höheren Justizbehörden sich behandelt sehen muß.[4] Ueberhaupt aber leidet das Institut der formellen Vertheidigung im deutschen Prozesse an dem Grundfehler, daß sie erst eintritt, wenn es in der Regel schon zu spät dazu ist, und daß sie ebendeshalb unberücksichtigt gebliebene Vertheidigungsbeweise nachzuholen gar nicht im Stande ist,[5] und es hängt

[1] **Leyser**, de odio defensionis. Medd. ad Pand. Sp. 562.

[2] Z. B. **Hannövr.** Krim.-Instr. 1736. Kap. IX. **Preuß.** Krim.O. §. 433 f. **Bair.** Straf.G.B. II. Art. 141 f.

[3] Vgl. **Gutachten der preuß. J.J.Komm.** über das mündl. u. öffentl. Verf. S. 21—23.

[4] Vgl. **Preuß.** Kr.O. §. 466.

[5] S. auch **Leue**, Anklageproz. S. 171—180.

mit dem Widerwillen gegen dasselbe die überhaupt in dem gemeinrechtlichen Prozesse als eines seiner charakteristischen Merkmale hervortretende, bis ins Aberwitzige gehende Geheimnißkrämerei aufs engste zusammen.

6) Die schrankenlose Gewalt des Untersuchungsrichters.

Besonders hervorzuheben ist nun aber weiterhin die durch die verkehrte Stellung der Personen in diesem Verfahren bedingte schrankenlose Gewalt des Untersuchungsrichters.[1] Der Hauptnerv hiebei liegt begreiflich in dem schon mehrfach erwähnten Umstande, daß der gemeinrechtliche Prozeß die Untersuchung nicht auf dasjenige einschränkt, was allein vernünftiger Weise darunter fallen kann, vielmehr sie auch auf das Subjektive erstreckt, während doch die Einsicht in die organische Gliederung des Verfahrens darauf führt, daß dies eben so verkehrt als ungerecht sei, vielmehr dem Angeschuldigten als freiem Subjekte gegenüber der Staat sich darauf beschränken müsse, ihm die Summe der gegen ihn erhobenen Beweise vorzulegen. Es ist ganz natürlich, daß diese Herabsetzung der Person zum Untersuchungsobjekte die für die bürgerliche Freiheit gefährlichsten Folgen in Beziehung auf einzelne gegen die Person des Angeschuldigten gerichteten Handlungen des Gerichts im Gefolge haben müssen.

Indessen ist gerade dies ein Feld, worauf man verschiedenen Mißverständnissen begegnet.[2] Auf der einen Seite nämlich werden dem gemeinrechtlichen Prozesse Vorwürfe gemacht, die er nicht verdient, oder die er doch mit jeder Form des Strafprozesses, sobald sie ihren Zweck erfüllen will, gemein hat. Mit jeder Form des Strafverfahrens ist nämlich eine Reihe von zwangsweisen Eingriffen in den Rechtskreis der freien Persönlichkeit (Haussuchung, Beschlagnahme von Papieren, Verhaftung &c.) unumgänglich nothwendig verbunden. Es ist daher durchaus verkehrt, wenn man es fort und fort dem gemeinrechtlichen Strafprozesse zum Vorwurf machen hört, daß er sich solche Eingriffe erlaube. Leicht und bequem sind diese Vorwürfe freilich, daher sie auch stets das Steckenpferd der Schreier des Tags waren. Sie sind aber ebenso verstän-

[1] Hier, wie immer, giebt der Verf. der strafr. Fragen der Gegenw. den wohlfeilen Rath, am Bestehenden zu flicken, und stellt sich lächerlicher Weise an, als ob dazu besondere Grütze gehörte.

[2] Vgl. Jahrb. der Gegenwart. 1843. Nr. 76.

dig, wie das Geschrei nach Aufhebung aller und jeder Steuern, wo nur eine Ermäßigung oder eine gerechtere Vertheilung derselben zu verlangen wäre. Damit soll nun keineswegs geläugnet werden, daß an manchen Orten und in manchen Fällen, besonders in politischen Straffällen, mit jenen Zwangsmitteln bis zur jüngsten Zeit ein schändlicher Luxus getrieben worden ist, der bei der Heimlichkeit des Verfahrens und bei der Beibehaltung wahrer Tortursurrogate zur doppelten Pest wurde. Allein man muß doch auch so gerecht sein, zuzugeben, daß die gemeinrechtliche Praxis und die neuere Gesetzgebung in sehr vielen hierher gehörigen Punkten dem Angeschuldigten allerlei Billigkeits- und Humanitätsrücksichten, nicht selten sehr zum Nachtheil der Sache, angedeihen läßt, von der Schönrederei der guten und weichmüthigen Doktrin gar nicht zu reden. — Allein darin liegt nun das andere Mißverständniß, wenn sich eben hiemit die Vertheidiger des gemeinrechtlichen Prozesses rühmen und den gegenwärtigen Zustand voll Selbstgefälligkeit den barbarischen Zeiten des Mittelalters entgegenhalten. Denn diese Billigkeit, diese Humanität ist im Prinzip verwerflich, und zwar ebenso verwerflich, als die frühere Grausamkeit; es handelt sich hier nicht um Almosen und Gnadenbrod, sondern um Rechte. Es ist sogar nicht einmal rathsam, im Punkte jener Zwangsmittel besonders lax zu sein, da ein Strafverfahren, welches seinen Zweck erreichen will, so prompt und energisch sein muß, als irgend möglich ist. Alles kommt hier nur darauf an, daß das Gesetz die Fälle und die Formen der Anwendung aufs Genaueste bestimmen und alle Richterwillkühr möglichst abschneiden muß. Im Uebrigen thut die mit der Versetzung in den Anklagestand hervortretende Form der Oeffentlichkeit das Beste. Das Heillose in Deutschland besteht aber gerade darin, daß jene jesuitische Milde der Praxis gerade denselben faulen Ursprung hat, wie die frühere Grausamkeit, nämlich die grundsätzliche Nichtachtung der *Rechte* der freien Persönlichkeit, wie sie den Charakter des gemeinrechtlichen Strafverfahrens ausmacht.

Hiernach kann das Verwerfliche dieses Verfahrens nicht darin liegen, das es überhaupt Eingriffe in den Rechtskreis der Persönlichkeit macht, sondern nur darin, daß es dieselben entweder zu weit *ausdehnt*, oder nicht mit den gehörigen schützenden Formen umgiebt. Beides ist aber in der That der Fall. Faßt man vorerst den letzten Punkt ins Auge so ist fast allgemein zugegeben, daß der gemeinrechtliche Prozeß hier an den fühlbarsten Mängeln leidet. Als allgemeine Schutzwehr gegen die

Gewalt des Inquirenten können die Bestimmungen über gehörige Besetzung des Gerichts, über formelle Vertheidigung, über das Beschwerde- und Rekusationsrecht angesehen werden. Wie übel es aber mit diesen, schon an sich ungenügenden Garantieen aussehe, ist theils schon angeführt worden, theils unten zu zeigen. Was aber die Punkte im Einzelnen betrifft, so ist allerdings nicht in Abrede zu stellen, daß jedes Strafverfahren mit Mitteln ausgerüstet sein muß, um den Angeschuldigten oder dritte Personen nöthigenfalls mittelst Zwangs vor Gericht zu bringen, oder zur Herausgabe von Sachen anzuhalten, oder sonst zu verhindern, daß nicht unberechtigte Privatwillkühr die Erreichung des Zwecks des Prozesses hemme oder ganz verhindere. Es sind daher Verbal- und Realcitationen, es sind öffentliche Vorladungen, es ist nöthigenfalls Nacheile, Verhaftung, Beschlagnahme des Vermögens, Beschlagnahme von Papieren, Zwang zur Herausgabe von Urkunden, Haussuchung rc. nicht zu umgehen. Allein der große Mangel des gemeinrechtlichen Prozesses liegt nun vor Allem in der großen Unbestimmtheit, worin Gesetz und Praxis die Anwendung dieser Mittel gelassen hat. Die Doktrin zwar pflegt sich auf diesem Gebiete mit dem sogenannten Gesetze der Sparsamkeit als herrschendem Prinzipe zu brüsten, und es ist auch nicht zu läugnen, daß die Humanität der Zeit und die Furcht vor der öffentlichen Meinung die Gerichte hinsichtlich der Ausübung ihres Zwangsrechts in gewisse Schranken gewiesen, daß auch neuere Gesetzgebungen mancherlei Regeln aufgestellt haben, welche dazu dienen sollen, die persönliche Freiheit gegen willkürliche Eingriffe zu sichern. Gleichwohl kann nicht behauptet werden, daß diese Mäßigung im Geiste des gemeinrechtlichen Verfahrens liege, welches vielmehr gerade in diesem Punkte kein anderes Gesetz anerkennt, als die Zweckmäßigkeit, welcher gegenüber es die persönliche Freiheit als das bloß Accidentelle ansieht. Ueber diesen Geist kann aber auch die neue Gesetzgebung und Praxis nicht hinausgehen, und jede Versicherung, daß sie es thue, ist eine Selbsttäuschung oder eine Lüge, solang noch die freie Subjektivität selbst als Untersuchungsobjekt behandelt, und hiemit das erste Recht der freien Persönlichkeit grundsätzlich mit Füßen getreten wird, folgeweise also aller Schutz, der ihr widerfährt, nur als Gnaden- nicht als Rechtssache erscheint. Aber in der That zeigen sich auch die schützenden Bestimmungen, von denen manche Doktrinäre viel Wesens machen, im Einzelnen sehr ungenügend.

Wie charakteristisch ist nur gleich von vornherein die Formlosigkeit

des bisherigen Rechts in Beziehung auf die Vorladung! Noch die Wirtembergische Strafprozeßordnung läßt nur nach „Beschaffenheit der Person“(!) schriftliche Vorladung zu! Wie unbestimmt sind die Grundsätze darüber, wann ausnahmsweise sogleich Realvorladung oder Verhaftung einzutreten habe! Was ferner die Haussuchung betrifft, so ist im englischen und französischen Recht Regel, daß das Haus des Bürgers ein Heiligthum sei; jenes giebt den Beamten, welche Friedensbewahrer sind, nur bei schweren Straffällen das Recht, mit Gewalt behufs der Verhaftung des Verbrechers in ein Haus zu dringen; in Frankreich steht dem Inquirenten das Recht zur Haussuchung zu, dem Staatsanwalt dagegen nur bei schweren Verbrechen und handhafter That, oder auf Ersuchen des Hauseigenthümers.[1] Weit weniger Umstände macht die deutsche Praxis. Zwar behaupten einige, zur Vornahme der speziellen Haussuchung werde ein halber Beweis vorausgesetzt: dagegen behaupten die Meisten, es genüge schon ein einigermaßen bedeutender Verdacht, namentlich nicht einmal so viel, als zur Spezialuntersuchung erfordert werde, nach Andern sogar schon ein schlechter Leumund.[2] Man streitet, ob zur Vornahme das vollständig besetzte Untersuchungsgericht, oder nur Gegenwart von Richter und Aktuar nothwendig, oder ob die Vornahme der Handlung durch einen Gerichtsdiener zulässig sei u. s. f. Welcher Art die Praxis bei der Beschlagnahme von Papieren ist, das erhellt am besten aus den Klagen, wie sie selbst von sehr zum Euphemismus geneigten Theoretikern erhoben werden.[3] Das Mittel ist ein besonders drückendes, da es leicht mißbraucht werden kann, das Recht auf Geheimniß verletzt, für den dadurch Getroffenen oft zur wahren geistigen Folter wird, zur Verletzung unschuldiger Dritter, zur Entweihung des Innern der Familien führt. Während daher hier besonders schützende Formen vorgeschrieben sein sollten, so lehrt die Erfahrung, daß das Mittel nur zu oft schon dann angewandt wird, wann noch gar keine genügenden Bedingungen zur Anstellung einer Untersuchung gegen eine Person vorhanden sind, und nur überhaupt versucht werden soll, eben durch die Anwendung des Mittels Nachrichten über die Existenz eines Verbrechens zu erhalten. Noch schlimmer steht es mit der Brieferbrechung, — „einem Mittel das unter der Würde des

[1] **Russel**, on crimes and misdemeanors. Vol. I. p. 510—522. **Code** art. 36. 46. 88.

[2] S. **Mittermaier**, Strafverf. I. §. 65.

[3] N. Arch. V. Nr. 13.

Staats ist," — das aber in der deutschen Praxis unbedenklich zur Anwendung kommt, und nur in Wirtemberg und Baden in neuester Zeit durch gesetzliche Vorschriften geregelt wurde. Von Anderem zu schweigen, mag nur die Verhaftung noch näher erwähnt werden. Allbekannt ist der Schutz, den der englische, und noch mehr der nordamerikanische Bürger in diesem Punkte durch die Habeaskorpusakte genießt. Wenn in Frankreich hierin Mißbräuche vorkommen, so kann man wenigstens die gesetzlichen Bestimmungen nicht darüber anklagen.[1] In Deutschland aber liegen Gesetzgebung und Praxis mit einander im Argen. Die Ansichten der italienischen Schriftsteller des Mittelalters waren im Ganzen noch ziemlich liberal, unter dem Einflusse der Städtefreiheit. Denn namentlich die Städtestatute, auch die deutschen,[2] sahen in der Regel in der Verhaftung ein äußerstes Mittel und stellten vielmehr Kaution und Bürgschaft als Regel auf, freilich mehr, wo in der Anklageform, als wo inquisitorisch verhandelt wurde. Auch die P.G.O.[3] fordert erheblichen Verdacht und ein schweres Verbrechen und giebt die Garantie, daß auch der Ankläger Kaution leisten oder sich selbst gefänglicher Haft unterziehen mußte. In der Praxis der Zeit war man der Abwendung der Haft durch Sicherheitsleistung günstig.[4] Freilich bezogen sich auch die Bestimmungen der P.G.O. zunächst nur auf die Anklageform; indessen forderte man auch bei inquisitorischer Verhandlung, unter dem Einflusse der italienischen Doktrin, noch dringenden Verdacht eines schweren Verbrechens und Unzureichenheit anderer gelinderer Mittel.[5] Allein mit der schrofferen Ausbildung des Untersuchungsverfahrens im Sinne des Staatsabsolutismus wurde die Praxis immer willkürlicher, wie man denn z. B. geradezu die Vermuthung aufstellte, daß jeder Angeschuldigte fliehen würde. Im 19. Jahrhundert hat man nun freilich eingesehen, daß in diesem Punkte der richterlichen Willkühr zu viel eingeräumt sei. Es haben mehrere Vf. Urkunden, z. B. die Wirtembergische,[6] die Bestimmung aufgenommen, daß Verhaftung nur in den gesetzlich bestimmten Fällen und Formen vorgenommen werden dürfe,

[1] Mittermaier, Strafverf. I. §. 75.
[2] van Gennep, de caut. in re crim. praest. p. 26.
[3] Art. 11. 12. 218.
[4] v. Gennep, l. c. p. 56—63.
[5] Zöpfl, Bamb. R. §. 36.
[6] Art. 26. Vgl. Bair. Verf.-Urk. IV. §. 8. Bad. §. 15. Kurhess. §. 115.

und daß der Verhaftete binnen **24** Stunden von dem Grunde seiner Verhaftung in Kenntniß gesetzt werden müsse. Allein Ersteres war ohne alle Bedeutung, da die Gesetze, worauf verwiesen war, vergebens auf sich warten ließen, und Letzteres sicherte nicht gegen die ausgedehnteste Anwendung der Maßregel. Insbesondere fehlt es auch meist an der Sorge dafür, die Fälle der widerrechtlichen Verletzung der Freiheit rasch zur Kenntniß der Obergerichte zu bringen, und an strengen Strafgesetzen gegen solches Unrecht.[1] Noch trauriger aber stand es in den Ländern, in denen eben nur Doktrin und Praxis die Normen an die Hand gab. Die Doktrin führte zwar einen langen Streit darüber, ob nach gemeinem Rechte auch Verhaftung des Angeschuldigten zur Verhütung des Einverständnisses mit Andern zulässig sei. Allein die Partikulargesetzgebung und die Praxis hatten hierüber nicht den mindesten Zweifel.[2] Da nun dieser Grund überall vorgeschützt werden kann, so begreift sich, warum es im gemeinrechtlichen Prozesse Gebrauch werden mußte, die Verhaftung im weitesten Umfange eintreten zu lassen, nicht weil das Untersuchungsprinzip darauf nothwendig geführt hätte, wie Zachariä glauben machen will, sondern weil, wie auch Mittermaier richtig annimmt, dieser Grund zum bequemen Deckmantel für Verhaftungen in solchen Fällen wurde, in denen der Beamte dieses Mittel braucht, um Geständnisse zu erlangen, ohne doch diese Absicht gestehen zu wollen. Das Uebel war aber um so größer, weil nach der gewöhnlichen Gerichtsverfassung der Inquirent nicht einmal genöthigt war, die Verhaftung einem Kollegialbeschlusse zu unterwerfen oder das Obergericht um seine Genehmigung zu fragen, oder weil neuere Gesetze solche und andere schützende Vorschriften zwar als Regel voranstellten, hinterher aber so viele Ausnahmen zulassen, daß die Regel darunter erdrückt wird.[3] Eine richtige Bemerkung ist es, daß die durch die Tendenz zum Geständnisse erzeugte stete Furcht vor Kollusionen sofort auch dazu führt, die Haft selbst in der Art ihrer Vollziehung zu einer härteren Maßregel zu machen, indem sie es dem Inquirenten nahe legt, den Gefangenen von der Außenwelt, vor seinen nächsten Verwandten, ja selbst vor seinem Vertheidiger hermetisch abzuschließen, ihm Bücher und Papiere zu versagen u. s. f. Dazu kommt dann die traurige Einrichtung unseres Gefängnißwesens, wobei der

[1] S. jedoch Wirt. Straf.G.B. Art. 429—433. 442.

[2] Mittermaier, Strafverf. I. §. 74.

[3] Wirt. Strafpr.O. Art. 149—159.

richterlichen Willkühr hinsichtlich der Erlaubniß zu Beschäftigungen, des Besuchs anderer Personen, hinsichtlich der Verschärfung des Gefängnisses durch Schmälerung der Kost, Entziehung anderer Vergünstigungen (!), Dunkelarrest, körperliche Züchtigung 2c. der freieste Spielraum gelassen und es „in die Macht des Inquirenten gegeben wird, das Gefängniß, wenn auch nie zu einem Himmel, doch zu einer Hölle zu machen, ohne gegen die gesetzlichen Vorschriften zu verstoßen.“

Weit schlimmer ist nun aber die andere Seite des Gebrechens, daß nämlich der gemeinrechtliche Prozeß die unentbehrlichen und unter Voraussetzung schützender Formen nicht gefährlichen zwangsweisen Eingriffe in den Rechtskreis der freien Persönlichkeit weit über das durch den richtigen Begriff der Untersuchung vorgesteckte Maß ausdehnt. Diese Seite tritt vornämlich bei dem Verhöre mit dem Verdächtigen [1] und besonders bei den Maßregeln gegen den läugnenden oder die Antwort verweigernden Angeschuldigten hervor. Indessen pflegen auch hier wieder Mißverständnisse verschiedener Art laut zu werden. Manche, die eben nur das Verhör im gemeinrechtlichen Prozesse vor Augen haben, lassen sich auch hier wieder dazu hinreißen, das Kind mit dem Bade auszuschütten, indem sie gegen das Verhör überhaupt, als gegen ein gefährliches Mittel, deklamiren; indem dann das Verhör als eine Konsequenz des Untersuchungsprinzips dargestellt wird, so ergiebt sich wieder eine bequeme Gelegenheit, diesem einen Schlag zu versetzen. Dieses Mißverständniß wird aber freilich durch ungeschickte Vertheidiger des Untersuchungsprinzips genährt, indem sie, das Prinzip der Erforschung der materiellen Wahrheit irrig auslegend, abgeschmackte Theorieen über das Recht auf Wahrheit aufstellen, welches der Staat gegen den Angeschuldigten habe, — Theorieen, infolge deren sie, wider ihren Willen, zur Vertheidigung der Tortur kommen. Allein auch hier liegt die Wahrheit nahe, und es bedarf nur einiger richtigen Unterscheidungen, um diese und andere damit zusammenhängende Mißverständnisse aufzulösen. Zunächst ist ein Verhör mit dem Angeschuldigten überhaupt nicht nur zulässig, sondern geradezu nothwendig, weil man Niemanden ungehört verurtheilen darf; der Angeschuldigte hat unter allen Umständen ein Recht darauf, über die gegen ihn erhobene Anklage und alle Thatsachen, woraus man nachtheilige Folgen gegen ihn ableiten will, gehört und zur Rechtfertigung darüber in Stand ge-

[1] S. Mittermaier, Strafverf. I. §. 100—108.

setzt zu werden. Aus dem Untersuchungsprinzipe an und für sich folgt aber nichts weiter, als daß diese Vernehmung des Angeschuldigten durch den Richter von Amtswegen vorzunehmen ist; keineswegs folgt daraus, daß der Richter den Angeschuldigten zum Reden zwingen, daß er ihm den wirklichen Gang der Untersuchung verheimlichen, ihn mürbe machen, ihm ein Geständniß abpressen müsse u. s. f. Das Alles ist leere Einbildung. Vielmehr unterscheidet sich in dem vorliegenden Punkte das Untersuchungsprinzip vom Anklageprinzip lediglich dadurch, daß dort der Richter von Amtswegen, hier der Ankläger den Angeschuldigten zu vernehmen hat. Damit ist natürlich eine andere Stellung des Angeschuldigten verbunden, sofern er das eine Mal als Parthei im technischen Sinne, das andere Mal als Angeklagter dem Staate gegenüber dasteht, und ebendeshalb im letzteren Fall mehr, als im andern, sich aufgefordert sehen wird, überhaupt Erklärungen abzugeben. Das ist nun allerdings richtig, daß unter der Herrschaft des reinen Anklageprinzips diejenigen Mißbräuche nicht wohl denkbar sind, welche unter der Herrschaft des Untersuchungsprinzips sich eingeschlichen haben. Dort ist es lediglich den Partheien überlassen, was sie vorbringen wollen. Zwar liegt es nun auch im Interesse des Anklägers, den Angeklagten zum Zugeständnisse der Anklage zu bringen. Allein er hat dazu nicht die Mittel, die ein Richter hat oder sich verschaffen kann. Von einem planmäßigen Fangen des Angeklagten mittelst Vorenthaltung oder Entstellung der Wahrheit, von einem direkten oder indirekten Zwange zum Geständnisse kann daher nicht die Rede sein. Der Ankläger ist durch die Maxime des Verfahrens gedrungen, dem Angeklagten gleich von vorn herein die sämmtlichen Beschuldigungen vorzuhalten, wodurch eben alle List und Gewalt abgeschnitten wird. Allein man schließe nun nur nicht unbedacht weiter! Man bedenke vielmehr zweierlei: einmal, daß das reine Anklageprinzip Mißbräuche von anderer, nicht minder verderblicher Art zuläßt, wofür das letzte Jahrhundert des römischen Freistaats schreiende Beweise liefert, und zweitens, daß jene Mißbräuche eben nicht dem reinen Untersuchungsprinzip, sondern nur einer mißbräuchlichen Ausartung desselben zur Last fallen.

Mit dem Prozesse der römischen Kaiserzeit, d. h. mit dem Auftretreten des Untersuchungsprinzips treten zuerst Vernehmungen des Angeschuldigten durch das Gericht[1] hervor, ausnahmsweise in Verbindung

[1] l. 1. C. Th. de judic. l. 9. C. J. eod. l. 2. §. 1. C. Th. ad leg. Corn. de fals. l. 22. C. J. eod.

mit der Tortur. Hier liegt der Keim des gemeinen deutschen Rechts. Gleichwohl bildete sich die einseitige Tendenz zum Geständnisse und die Behandlung des Verhörs als Mittel hiezu im römischen Prozesse noch nicht aus. Wenn gleich nämlich das römischkaiserliche Recht bereits die Persönlichkeit als bloßes Mittel behandelte und die Folter als Wahrheitserforschungsmittel anwandte, so war doch davon noch keine Rede, daß das Geständniß die vornehmste oder gar einzige Beweisart sei, in welche alle übrigen letztlich verwandelt werden müssen. Diese Anerkennung des Subjektivitätsprinzips war dem römischen Rechte durchaus fremd. [1] Vielmehr galt ihm das Geständniß, ebenso wie Zeugniß, Urkunden, Indizien, nur als objektive Kenntnißquelle der Wahrheit, als besonders wichtiges Zeugniß; und der Unterschied gegen die Zeit des Freistaats bestand nur darin, daß nun wegen des Zwangs, womit man es theilweise herbeizuführen suchte, Regeln über die Glaubwürdigkeit desselben aufgestellt werden mußten. [2] Uebrigens ist auch Theorie und mißbräuchliche Praxis auseinanderzuhalten. Diese trieb allerdings zeitenweise barbarischen Luxus mit der Folter. Dagegen hielt die Theorie stets daran fest, daß die Folter eine Ausnahmsmaßregel sei, deren Anwendung durch dringenden Verdacht angezeigt sein müsse. [3] Sollte die Folter die große Bedeutung erhalten, mit welcher sie im deutschen Rechte auftrat, so mußte noch ein anderes Moment in den Prozeß kommen, — die absolute Bevorzugung des Geständisses. Dieses Moment lieferte der kanonische Prozeß, und ihm kam die germanische Ansicht entgegen, welche die objektiven Wahrheitskriterien an sich für nicht ausreichend hält, sondern den Durchgang des Beweises durch das Medium der Gewissensüberzeugung fordert, welches Moment unter den Beweismitteln des rezipirten fremden Rechts eben nur dem Geständnisse zukam, so daß dieses zur regina probationum erhoben werden mußte. Wo nun die Kirche bloß als Kirche handelte, d. h. nur mit subjektiven Mitteln, Ermahnungen zur Buße, auf das Gewissen einzuwirken suchte, da war die Sache durchaus vernünftig, gehörte aber eben nicht in die Rechtssphäre, sondern in das Gebiet der religiösen Sitt-

[1] Es ist durchaus unzulässig, die Folter überall, wo sie vorkommt, aus dem gleichen Motiv herzuleiten, wie auch wieder die strafr. Fragen der Gegenw. S. 33 thun.

[2] l. 1. §. 17. 23. 27. D. de quaestion.

[3] Geib, Gesch. des röm. Kriminalproz. S. 612—622.

lichkeit.[1] Sobald dagegen die Tendenz zum Geständnisse rechtlichpraktische Wirksamkeit erhalten sollte, mußte jener Weg verlassen und an die Stelle der subjektiven Ermahnung der objektive Zwang gesetzt werden. Dies that die Kirche selbst bei der Ketzerinquisition; und ebenso thaten es weltliche Doktrin und Praxis, indem sie den kirchlichen Prozeß im Staate zur Anwendung brachten. Gleichwohl entwickelte sich die freiheitsgefährliche Tendenz des Verhörs erst allmälig. Die italienischen Schriftsteller[2] sagen noch: ehe man den Beschuldigten verhöre, müsse schon der Thatbestand durch Augenschein hergestellt und eine Summe von Anzeigen gegen jenen vorhanden sein; sie beschränken daher auch noch das Verhör auf die Vorlegung der Anschuldigungspunkte, wissen nichts von einem pfiffigen Inquisitionsplane, vergleichen den Inquisitionslibell mit dem Anklagelibell und bezeichnen die Fragen des Richters als Litiskontestation. Es ist eine sonderbare Umkehrung der Sache, wenn Mittermaier[4] sagt, erst mit dem Allgemeinerwerben der Folter sei das Streben des Untersuchenden nach Erlangung des Geständnisses entstanden. Im Gegentheil ist das Allgemeinerwerben der Folter nur die nothwendige Folge des Durchbringens jenes Strebens gewesen, welches, wie gesagt, mit der altgermanischen Ansicht über die Natur des Beweises in Strafsachen zusammentraf.[5] Nun suchte man allerdings mittelst künstlichen Inquirirens zum Geständnisse zu gelangen, ließ den Inquisitionslibell weg, vorenthielt dem Angeschuldigten die Aussagen und Namen der Zeugen, verwischte jeden Unterschied zwischen General- und Spezialuntersuchung, benützte das Verhör, um erst feste Anhaltspunkte für die Untersuchung zu erlangen und bildete so jene perfide Jagdwissenschaft aus, welche den gemeinrechtlichen Prozeß charakterisirt. Mit Recht findet daher auch Mittermaier[6] in der einseitigen Richtung auf das Geständniß den Hauptgrund, der wegen des unseligen Systems der Zurückhaltung und Schlauheit und

[1] Das Letztere übersehen die unbedingten Lobredner des kanonischen Rechts. S. z. B. v. Soden, Geist der peinl. Gesetzgebung. II. S. 80. Möhl, Geschwornenger. S. 38—40. Strafr. Fragen der Gegenw. S. 26—34.

[2] J. Clarus, Pract. §. fin. qu. 45. nr. 5. Bossius, Tract. de exam. reor. nr. 9.

[3] J. Clarus, l. c. nr. 2.

[4] Strafverf. I. §. 100. S. 589.

[5] Das Nähere s. in Kap. 3. Die Anknüpfung der Folter an das Ordel wird dadurch nicht ausgeschlossen.

[6] Mündlichkeit S. 296—303.

wegen der von übertriebenem Amtseifer leicht ungebührlich ausgedehnten Anwendung von Mitteln, den Angeschuldigten zu fangen, die lange Dauer der Prozesse erkläre und die Vertheidigung erschwere. Auch er findet jetzt eine „Entartung des Untersuchungsprinzips" darin, wenn die Untersuchungsrichter versuchen, den Angeschuldigten zu überlisten, ihn lange in Ungewißheit über die Anschuldigung und die vorhandenen Verdachtsgründe zu lassen, und durch schlau gewählte Mittel ein Geständniß zu erlangen, daher das Verfahren zu verzögern und durch Anwendung von Ungehorsamsstrafen und anderen Beschränkungen den Zweck zu erreichen, wodurch eine der Untersuchung selbst nachtheilige Erbitterung des Angeschuldigten herbeigeführt werde.

Hört man freilich manche deutsche Schriftsteller, so lautet Alles anders. So behauptet z. B. Krug,[1] der Untersuchungsprozeß (worunter er den deutschen versteht) lege dem Angeschuldigten keine Verpflichtung zum Geständniß auf, das für diesen Prozeß nur einen relativen Werth habe. Höpfner[2] dagegen sagt, der Werth des Geständnisses beruhe überall darauf, daß der Verbrecher zur Selbsterkenntniß gebracht und mit sich versöhnt werde, welchen Erfolg herbeizuführen, die Hauptaufgabe des Untersuchungsprozesses sei. Beide Schriftsteller[3] verwechseln nicht nur, wie es gewöhnlich geschieht, den Untersuchungsprozeß überhaupt mit dem deutschen, sondern sie unterschieben auch noch der Wirklichkeit dieses Prozesses ein Ideal, das in der Wirklichkeit nie und nimmer anzutreffen ist. Krug scheint dem Anklageverfahren schlechthin das zivilprozessualische Prinzip der formellen Wahrheit unterzulegen und deshalb zu behaupten, daß er auf das Geständniß absoluten Werth lege. Hier wäre nun das Resultat richtig, aber die Begründung falsch. Wenn er aber vom Untersuchungsprozesse behauptet, daß er dem Geständnisse nur relativen Werth beimesse, so wäre dies zwar richtig, wenn er damit sagen wollte, der deutsche Prozeß könne wegen der mittelbaren Tortur, die er enthält, das Geständniß nur mit den subtilsten Kautelen als Beweismittel brauchen; allein er meint es ganz anders, und so ist der Satz sammt der Begründung irrig. Der gemeinrechtliche Untersuchungsprozeß, den er offenbar vor Augen hat (da er sagt, der Untersuchungs-

[1] In v. Watzdorf N. Jahrb. für sächs. Strafr. I. H. 3. S. 6.

[2] Anklageprozeß S. 47.

[3] Gegen Mittermaier's Bemerkung hierüber s. meinen Artikel in den Jahrb. der Gegenwart. 1845. H. X. S. 919—922.

prozeß fordere von dem Angeschuldigten die wahrhafte Beantwortung der vorgelegten Fragen, was nur dann etwas heißen will, wenn die Erfüllung dieser Forderung auch erzwungen werden kann) hat seinen Charakter gerade darin, daß er die Freiheit des Subjekts nicht anerkennt und den Angeschuldigten vielmehr zum bloßen Mittel herabsetzt, daher auch die Beantwortung der Fragen mit Zwang von ihm erpreßt und ihn betreffenden Falls zum Geständnisse zwingt. Nach diesem Prozesse kann man nicht sagen, daß dem Geständnisse ein bloß relativer Werth beigelegt werde, da es ja vielmehr allmälig zur Königin der Beweisarten aufgestutzt wurde. Sollte jedoch Krug je einen richtig gegliederten Untersuchungsprozeß im Sinne haben, so wäre für diesen sein Satz gleichfalls nur relativ wahr. Denn in diesem ist das Geständniß, wenn gleich allerdings nur Mittel für den Zweck der materiellen Wahrheit, doch immer nicht den sonstigen Beweismitteln koordinirt, sondern es steht in gleicher Linie mit dem Wahrspruch der Geschworenen,[1] für welchen die sonstigen Beweismittel nur die vorbereitende Grundlage bilden. Höpfner dagegen begeht einen einfachen Irrthum, der freilich sein ganzes Buch durchzieht; den nämlich, daß er dem gemeinen deutschen Prozeß noch immer die Idee des ursprünglichen kanonischen Prozesses zu Grunde legt, mithin nicht einsieht, daß dieser seinen auf die Moralität und Religiosität berechneten und bei der Entfernung alles Zwangs der Freiheit des Subjekts nicht gefährlichen Charakter sogleich aufgeben mußte, sobald er eben verweltlicht wurde. Völlig unbegreiflich ist es aber freilich, wie man dem gemeinrechtlichen Prozesse jene kanonische Idee zu Grunde legen, die Richtung der Untersuchung auf das Geständniß rein menschlich und christlich nennen, und gleichwohl die Beibehaltung der Tortursurrogate vertheidigen kann! —

Hier, wie sonst, trifft es sich häufig, daß unsere Doktrinäre fehlgehen, wenn sie sich — in Ermanglung eines festen Prinzips, welches ihnen ein Ueberfluß zu sein dünkt — bei dem englischen und französischen Rechte Raths erholen wollen. Das letztere[2] nämlich geht offenbar in seinem Vorverfahren selbst zu weit, indem das Schweigen des Gesetzes die Richtung der Verhöre auf die Erlangung des Geständnisses

[1] S. o. auch J. Gundermann, Gesch. der Jury. S. 10. N. 20.

[2] Berenger, de la just. crim. I. p. 387. Legraverend, des lacunes. I. p. 41.

begünstigt; indessen wird doch zugestanden, daß trotzdem die bessere Praxis an der Sitte festhalte, dem Angeschuldigten durch bestimmte und klare Vorhaltungen der Anschuldigung und der Beweise Gelegenheit zur Erklärung zu geben.[1] Jedenfalls liegt gegen etwaige Mißbräuche der Praxis ein bedeutendes Gegengewicht in dem sofortigen Hauptverfahren. Andererseits herrscht im englischen Prozesse gerade in Beziehung auf die Vernehmung des Angeschuldigten offenbar etwas zu viel Verhandlungsmaxime. Auch hier erschwert man sich die Sache nur durch das ewige Zurückkommen auf das Anklageprinzip, von dem im germanischen Strafverfahren überall nicht mehr die Rede ist. Mittermaier sucht sich jetzt dem Wahren zu nähern, wenn er[2] sagt: „Nicht unpassend kann man auch im Strafverfahren von zwei verschiedenen Untersuchungsgrundsätzen sprechen und (ähnlich dem bürgerlichen Verfahren) den einen Verhandlungsprinzip nennen, bei welchem der Richter nur auf die Vorlegung der Anschuldigungsgründe sich beschränkt und durch seine Verhöre dem Angeschuldigten nur die vollständige Vertheidigung gegen jeden Beweis- oder Verdachtsgrund möglich machen will, — während bei dem Untersuchungsprinzip im e. S. der Richter die Erforschung der Wahrheit durch seine amtliche Thätigkeit bezweckt und die Befragung auf die Art einrichtet, auf die er am sichersten diese Wahrheit, daher auch das Geständniß des Schuldigen zu erlangen hoffen kann.“ Indessen ist doch hierin wenig Klarheit; ja es erscheint als völlig undenkbar, wie sich das Untersuchungsprinzip, worunter doch auch M. die amtliche Verfolgung des Verbrechens mit dem Streben nach materieller Wahrheit versteht, mit der eben diese Momente geradezu ausschließenden Verhandlungsmaxime reimen soll; zugleich ist nicht einzusehen, warum das Streben nach dem Geständniß schlechthin eine Folge des Prinzips der Erforschung der materiellen Wahrheit sein soll.

Die Sache ist die: Vernehmungen des Angeschuldigten überhaupt sind nothwendig aus dem o. a. Grunde; zugleich sieht sich der Richter durch das Untersuchungsprinzip noch besonders darauf hingewiesen, ein so wichtiges und möglicher Weise so erfolgreiches Mittel zur Ermittelung der Wahrheit zu benützen. Der Fehler des gemeinrechtlichen Prozesses liegt also nicht darin, daß er solche Vernehmungen überhaupt

[1] Mittermaier, Strafverf. I. §. 100. Not. 33 — 35.

[2] Vgl. Snell, Abh. üb. versch. Gegenst. der Strafrechtswissensch. S. 17 f.



vorschreibt, sondern nur in der Art und dem Umfang, worin er sie zuläßt. Die Ueberschreitung der richtigen Grenze folgt aber aus dem mehrgedachten Grunde, daß dieser Prozeß die Untersuchung im e. S. auch auf das Innere des Angeschuldigten ausdehnt, und daß er sogar die vorwiegende Richtung zeigt, mittelst List oder Gewalt das Geständniß zu erlangen.[1] Nur dies ist das hinwegzutilgende Unrecht; wird aber eben dies ausgemerzt, so behalten gleichwohl die Verhöre mit dem Angeschuldigten noch ihren großen Werth, und es liegt nicht der geringste Grund dazu vor, bei dem Anklageprinzip auf Borg zu gehen. Der Werth des Verhörs liegt einfach darin, daß es immerhin möglich ist, bei dem Angeschuldigten durch die Kraft der Wahrheit die Stimme des Gewissens zum Durchbruch zu bringen. Dasselbe darf daher nie unterlassen, aber es muß dabei das Recht der subjektiven Freiheit vollkommen gewahrt werden.

Daraus entwickeln sich folgende näheren Bestimmungen: Einerseits ergiebt sich aus dem Untersuchungsprinzip, daß der Richter dem Angeschuldigten sämmtliche Anschuldigungspunkte und wider ihn vorgelegten Beweispunkte vorhalten muß, um seine Erklärung darüber möglich zu machen. Dabei ist keineswegs nöthig, daß dies sogleich und auf einmal geschehe. Sobald nur aller direkte oder indirekte Zwang ausgeschlossen ist, hat die Untersuchungsmaxime nichts Bedenkliches, und es ist im Gegentheil die Herbeiziehung der Verhandlungsmaxime der innersten Natur des Strafprozesses schlechthin zuwider. Der Inquirent darf sich daher wohl einen Untersuchungsplan machen, darauf berechnet, durch das Uebergewicht seiner intellektuellen und sittlichen Kraft den Trotz des Schuldigen zu überwinden; er darf sich wohl, ja er muß sich stets die Erreichung eines Geständnisses als einen m ö g l i c h e n Erfolg denken, und diesen erstreben, soweit es ohne Eingriff in das Recht der freien Subjektivität geschehen kann. Wer auch dies nicht will, wer unter stetem Ruf nach dem Anklageprinzip dem Angeschuldigten die Stellung einer Parthie im bürgerlichen Prozesse zu verschaffen trachtet, der mißkennt das Wesen des Strafverfahrens und huldigt einem falschen Liberalismus, der in unverständiger Gespensterfurcht vor aller, auch der gefahrlosesten Thätigkeit von Seiten des Staats nur darauf ausgeht, den Verbrecher in

[1] Hann. Krim.-Instr. Kap. VII. §. 1 f. Nöllner, Zeitschr. für deutsch. Strafverf. I. S. 42 f.

Baumwolle einzuwickeln.[1] Zu bedenken ist insbesondere noch, daß hier eine bestimmte Anklage von Seiten des Staatsanwalts vorausgesetzt ist, daher von einem Mißbrauch der Vernehmung zu dem Zweck, erst einen oder einige Prozesse einzufädeln, nicht die Rede sein kann; daß ferner die Ausschließung von Suggestiv- und verfänglichen Fragen sich von selbst versteht; daß endlich ausdrücklich gesagt ist, der Inquirent habe sich die Erlangung des Geständnisses nur als einen möglichen, nicht als nothwendigen oder gar ausschließlichen Erfolg seiner Vernehmung vorzusetzen. Warum er aber dies nicht thun sollte, dafür ist kein vernünftiger Grund abzusehen. Wollte man uns etwa den früher von uns gebrauchten Grund einwenden, daß der Staat sich keinen Zweck vorsetzen dürfe, den er nicht nöthigenfalls durch Zwang zu erreichen hoffen könne, so ist darauf zu entgegnen, daß eben deßhalb die Erreichung des Geständnisses nur als ein möglicher Zweck bestimmt worden ist, daß daher durch das Mißlingen des Versuchs die Untersuchung in anderweitiger Richtung nicht aufgehalten werden darf, daß aber auch ohne Zweifel diesen Versuch, möglicher Weise ohne Zwang zum Ziele zu kommen, der Staat nicht unbenützt lassen darf, daß er ihn sich selbst und dem Angeschuldigten schuldig ist. Daher muß es auch für unrichtig gehalten werden, wenn der bair. Entw. v. 1831 den Zweck des Verhörs ausschließlich darein setzt, daß der Verdächtige Gelegenheit erhalte, sich gegen die erhobenen Verdachtsgründe zu schützen. Wenn die Motive das Bewußtsein der Schuld das traurige Eigenthum des Schuldigen nennen, so haben sie allerdings in sofern vollkommen Recht, als dem Staate schlechthin das Recht abgesprochen werden muß, dieses Eigenthum dem Angeschuldigten mit Gewalt zu entreißen. Sie schießen aber über das Ziel hinaus, wenn sie meinen, daß der Staat deshalb auf den Versuch, dasselbe freiwillig abgetreten zu erhalten, schlechthin verzichten müsse. Endlich aber ist noch besonders im Auge zu halten, daß im richtig gegliederten Untersuchungsverfahren die Vernehmungen des Angeschuldigten im Laufe der Voruntersuchung nur zur Information und Grundlage für die Richter bestimmt sind, die über die Versetzung in den Anklagestand zu entscheiden haben, und an und für sich keine Bedeutung für das Endurtheil haben, wogegen die Verhöre, welchen eine solche Bedeutung zukommt, erst in dem

[1] Das sind die Leue'schen Tendenzen, denen ein großer Anhang um so weniger fehlt, je leichter es bei sichtlichem Mangel an Systematik und geschichtlicher Kenntniß wird, so wohlfeiler Weisheit sich zu bemächtigen.

öffentlichen und mündlichen Beweisverfahren vorkommen, dessen ganze Einrichtung die beste Garantie gegen alle hinterlistige oder gewaltthätige Einwirkung auf die Subjektivität des Angeschuldigten darbietet. Wenn hier auch je in der Voruntersuchung eine widerrechtliche Einwirkung von Seiten des Inquirenten versucht werden wollte oder versucht würde,[1] so liegt die Korrektion dafür sogleich im Hauptverfahren vor.[2] Gerade das Umgekehrte tritt im gemeinrechtlichen Prozesse ein, sofern hier nur der Inquirent verhört und der erkennende Richter das ganze Verhör nur durch das Protokoll des Inquirenten — und auch dieses nur durch das Referat des Berichterstatters — kennen lernt, wo denn die neue Gefahr eintritt, daß falsch oder nachläßig protokollirt oder referirt werde, wodurch neue, kaum wirksame Kontrolen nöthig gemacht werden.[3] Es bedarf aber, wie gesagt, nicht einer Aenderung, sondern bloß einer Reinigung des Prinzips. Nur freilich muß diese aufrichtig und vollständig sein. Es kann namentlich nicht genügen, wenn sich z. B. die Wirtembergische Strafprozeßordnung[4] zu dem Satze erhebt, daß der Richter, wenn der Angeschuldigte die That überhaupt oder in Beziehung auf einzelne wesentliche Umstände läugne und ein Zeugenbeweis sich erheben lasse, auf dessen Herstellung Bedacht nehmen und die Untersuchung nicht durch die Bemühung um das Geständniß verzögern solle. Denn das Gesetz verläugnet trotzdem seine grundsätzliche Tendenz zum Geständnisse keineswegs, sofern es bloß den Zeugenbeweis nennt, überdies gleich im folgenden Artikel den Inquirenten doch wieder zur Geständnißjagd verpflichtet, falls ein Zeugenbeweis nicht herzustellen oder auch nur zur Zeit noch zweifelhaft sei, endlich aber gleich dem bairischen Strafgesetzbuch von den Tortursurrogaten gegen den „ungehorsamen" Angeschuldigten sich nicht zu entschlagen gewußt hat.[5]

Auf der andern Seite muß nun aber auf's Festeste darauf gehalten werden, daß der Inquirent und der Präsident der Assise die im Vorigen gesteckten Grenzen nicht überschreiten. Dies ist es, was man hervorheben muß, wogegen es nur Verwirrung hervorbringen kann, wenn man (ob auch in bester Meinung) gegen alle und jede Versuche des

[1] **Russel**, on crimes and misdemeanors. II. p. 645 — 649.
[2] **Bonnier**, Traité des preuves. p. 295.
[3] Zachariä, Gebrechen zc. S. 160—171.
[4] Art. 132.
[5] Vgl. dagegen die Bad. Strafpr.O. Art. 195—201.

Inquirenten, das Gewissen des Angeschuldigten zu rühren, zu Felde zieht.[1] Denn wenn das Verfahren der Inquisitionskünstler, und die Lehren der Meister der Inquisitionskunst im gemeinrechtlichen Prozesse unsittlich, macchiavellistisch rc. sind, so folgt daraus noch keineswegs, daß der richtig gegliederte Untersuchungsprozeß ein solches Benehmen bedingte. Im Gegentheil ist hier vor Allem zu wiederholen, daß der Inquirent ein Geständniß zu erlangen eben nur versuchen und nur durch solche Mittel versuchen darf, welche die freie Subjektivität des Angeschuldigten ungekränkt lassen, daß daher sein Hauptbestreben vielmehr dahin gehen muß, den Anschuldigungsbeweis auf anderem Wege herzustellen. Falls mithin der Angeschuldigte keine Neigung zeigt, sein Schuldbewußtsein freiwillig zu entäußern, hat der Richter von allem weiteren Eindringen auf ihn abzulassen, und jedes Strebens, ein Geständniß zu erschleichen oder zu erpressen, ebenso grundsätzlich sich zu enthalten, als der gemeinrechtliche Prozeß das Gegentheil vorschreibt. Dieß nämlich ist eben das verwerfliche Prinzip, dessen sich die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis, sowie die darauf gebaute Landesgesetzgebung bis in die neueste Zeit nicht zu entschlagen vermocht hat, da sie fortwährend das Recht der freien Persönlichkeit als wesentliches Moment im Strafverfahren nicht anerkannte, und das Innere des Angeschuldigten auf gleiche Weise, wie das äußere Faktum, als Gegenstand einer Untersuchung im e. S. ansah. Aus diesem Grunde haben sich denn auch bis auf die neueste Zeit angesehene Prozeßlehrer für die sogenannten Ungehorsamsstrafen erklärt, und es ist dies wieder ein Hauptpunkt, an welchem man die euphemistische Haltlosigkeit der herkömmlichen Doktrin studiren kann.

7) Die Ungehorsamsstrafen.

Die Doktrin pflegt nämlich die Ungehorsamsstrafen von den sogenannten Zwangsmitteln zur Erforschung der Wahrheit zu unterscheiden, und, während sie in der Regel die letzteren als Tortursurrogate mit Recht verwerflich findet, will sie den ersteren die gleiche Eigenschaft nicht zugestehen; vielmehr betrachtet sie dieselben als durchaus nicht im Zusammenhang stehend mit der Tendenz, den Angeschuldigten zu den Aussagen zu bringen, welche das Gericht von ihm haben will, sondern als ganz

[1] Wie Zachariä, Gebrechen rc. S. 99—107.

gewöhnliche Strafen für eine bestimmte während des Laufs der Untersuchung begangene Verfehlung. [1] Allerdings läßt sich nun hiegegen und gegen die Sache selbst nichts einwenden, wenn es sich von einem ungebührlichen Benehmen des Angeschuldigten vor Gericht oder im Gefängnisse, oder von eigentlichen Vergehen oder Verbrechen, z. B. Ehrenkränkung, Körperverletzung ꝛc. ꝛc. handelt. [2] Allein ganz etwas anderes ist es, wenn auch Lügen, Läugnen, Verweigern der Antwort von Seiten des Angeschuldigten als Ungehorsam betrachtet und hiefür Strafen als zulässig erklärt werden, die von den verworfenen Zwangsmitteln ꝛc. um kein Haar verschieden sind.

Zunächst geht es in's Lächerliche, wenn man nicht selten das gemeine Recht darüber belobt findet, daß es solche Ungehorsamsstrafen nicht kenne. Denn, da es die Tortur selbst hatte, so konnte es jener Surrogate derselben natürlich entbehren. Gerade die Erwägung aber, wie die Partikulargesetzgebung darauf gekommen sei, jene Neuerung zu erfinden, hätte die Doktrin von ihrer scheinheiligen oder schönrednerischen Vertheidigung der Ungehorsamsstrafen abhalten sollen. [3] Ganz richtig eröffnet Mittermaier den betreffenden §. mit den Worten: „Je mehr die Folter allmälig verschwand, desto mehr glaubte man zu andern Zwangsmitteln gegen den Angeschuldigten seine Zuflucht nehmen zu müssen, und zwar überall, wo sein Benehmen die Erreichung des Zwecks der Untersuchung stört, daher 1) wenn er die Antwort verweigert ꝛc.," und später: „Im schriftlichen geheimen Untersuchungsverfahren hatten schon früh die Praktiker die Nothwendigkeit einer eigenen Art von Zwangsmittel vertheidigt, um den beharrlich Schweigenden zu einer Antwort zu bewegen. So lange die Folter bestand, bot sie das Mittel dar, den Ungehorsam zu brechen. Die Ausbreitung des Grundsatzes des Untersuchungsverfahrens vermehrte die Anwendung von solchen Zwangsmitteln; als nun die Folter aufgehoben wurde, glaubte man durch die Rücksicht, daß sonst der Angeschuldigte durch sein Benehmen die Untersuchung vereiteln könnte und daß er durch halsstarriges Betragen strafwürdig sei, die Anwendung von Ungehorsamsstrafen rechtfertigen zu können ꝛc. ꝛc." In der That ist nichts

[1] Vgl. Hohbach im N. Arch. XII. Nr. 15. 17. Ders. Beiträge ꝛc. Nr. 1. v. Oppen im N. Arch. 1835. S. 360. Mittermaier, Strafverf. I. §. 82.

[2] Vgl. Code d'instr. crim. Art. 614.

[3] S. bes. v. Arnim, Bruchstücke ꝛc. I. S. 38 f.

gewisser, als daß die Erfindung der Ungehorsamsstrafen eben nur dem Bestreben, die Folter zu ersetzen, ihren Ursprung verdankt, und mit Recht behaupten daher auch Mittermaier und Zachariä, daß die praktische Bedeutung der Ungehorsamsstrafen und der Zwangsmittel zum Geständnisse Eine und dieselbe sei. Bringt doch auch das bair. Gb. [1] dabei ganz dieselbe Kautel an, welche die P.G.O. bei der Folter vorschrieb! Besonders merkwürdig ist in dieser Beziehung die Wirt. Verordn. v. 23. April 1809, welche festsetzte: 1) das freche und beharrliche Läugnen oder Lügen des Angeschuldigten solle, wenn es nicht durch während der Untersuchung verordnete Zwangsmittel genügend geahndet erscheine, eine Schärfung der Hauptstrafe bewirken; 2) die Folter solle aufgehoben sein; gleichwohl aber solle ein Angeschuldigter nicht durch gänzliche Verweigerung der Antwort oder beharrliches Läugnen oder Lügen sich oder seine Mitschuldigen der Strafe zu entziehen vermögen. Hiegegen sollen von dem vorgesetzten Gerichtshof Zwangsmittel angeordnet werden, welche der Beschaffenheit des Verbrechens „und dem Grade des Verdachts" angepaßt werden sollen. — Man sieht, wie unklar die Verordnung sich selbst ist; sie ordnet Zwangsmittel an; zugleich will sie, dieselben sollen nicht wegen bloßen Verdachts, sondern bloß wegen wirklich strafwürdiger Handlungen verhängt werden. Abgesehen jedoch davon, daß das bloße Verweigern der Antwort kein Vergehen ist und Lügen, wenn sie strafbar sind, doch nicht als Ungehorsam und nicht während der Untersuchung gestraft werden dürfen, so läßt das Gesetz selbst den Gesichtspunkt der Strafe sogleich wieder fallen, indem es verlangt, daß deren Größe dem Grade des Verdachts angepaßt werden soll. Dasselbe suchte beide Gesichtspunkte zu verbinden und schuf damit freilich ein rechtliches Unding. Deshalb hat auch die Mehrzahl der Gerichtshöfe das Gesetz weit mehr vom Standpunkte der Tortur, als von dem der Strafe aus interpretirt, indem sie zur Verhängung der Zwangsgrade keine wirklich erwiesene strafwürdige Handlung forderten, sondern schon den dringenden Verdacht einer solchen hinreichen ließen. Die unglückliche Vermengung zweier widersprechenden Prinzipien wird denn auch von solchen eingeräumt, welche an und für sich zwar gegen Zwangsmittel, nicht aber gegen Ungehorsamsstrafen wegen Antwortverweigerns und Lügens sind. [2] Allein die Unklarheit bei diesen und bei neueren auf ihre Doktrin ge-

[1] II. Art. 191. Vgl. P.G.O. Art. 56. 91.

[2] Vgl. Gmelin, die Rechtspfl. in den deutsch. Kleinstaaten. S. 114—122. 287—291.

bauten Gesetzgebungen ist nicht viel geringer. Wenn z. B. die neue Wirt. Strafprozeßordnung allerdings wieder so ehrlich war, den Zwangsmiteln ihren rechten Namen zurückzugeben, so befindet sie sich doch mit jener Doktrin in dem Irrthum, daß sie Verweigerung der Antwort, Lügen und Läugnen für strafbaren Ungehorsam erklärt, d. h. zweierlei Zwangsmittel (Torturſurrogate), das eine unter dem richtigen, das andere unter falschem Namen schafft. —

Es darf nicht verwundern, wenn Zachariä die Bastardgeburt dieser sogenannten Ungehorsamsstrafen (für Verweigerung der Antwort, Läugnen und Lügen) wieder unbedenklich dem Untersuchungsprinzip als solchem in die Schuhe schiebt. Denn die ungeschickten Vertheidiger dieses Prinzips arbeiten solchen Anklagen in die Hände, wenn sie die Ungehorsamsstrafen eben durch dieses Prinzip, näher durch den Satz zu rechtfertigen suchen, daß der Staat das Recht auf Wahrheit habe, während der gegentheilige Grundsatz, daß der Angeschuldigte die Wahrheit zu sagen nicht verpflichtet sei, sich nur aus dem Anklageprinzip rechtfertigen lasse. Zwar ist es nun ungeschickt, wenn Andere [1] hier ein Recht des Staats ohne entsprechende Pflicht annehmen, — weil unter dieser Voraussetzung, wie im Kriegszustande, nur Gewalt entscheiden könnte. Allein jene Behauptung ist nicht minder falsch. Der Staat, wird gesagt, habe das Recht und die Pflicht, den Schuldigen zu strafen; Niemand dürfe einen Andern in der Ausübung eines Rechts hindern; dies thue aber der ungehorsame Angeschuldigte; deshalb verdiene er Strafe. Vermag man denn aber nicht einzusehen, daß man damit nicht bloß die Ungehorsamsstrafen, sondern auch die Zwangsmittel, die Tortur, die man so pathetisch verwirft, durchaus rechtfertigt? Die Sache ist vielmehr die: nur der entartete Inquisitionsprozeß [2] setzt ein Recht des Staats in dem angeführten Sinne, d. h. ein Recht, das schlechthin Zweck, und wogegen der Angeschuldigte zum bloßen Mittel herabgesetzt wird. Aus dem reinen Untersuchungsprinzip folgt aber ein so schrankenloses Recht keineswegs. Vielmehr erkennt dieser den Angeschuldigten als freies Subjekt an, und sucht deshalb nicht in das Innere desselben mittelst Zwangs einzudringen. [3] Er stellt also denselben zwar mittelst Zwangs vor Gericht,

[1] Z. B. Zirkler, Assoziat.Recht. S. 119.

[2] So auch im älteren französ. Rechte Ord. v. 1670. tit. 18. art. 7—11.

[3] Vgl. die strafr. Fragen der Gegenw. S. 46, wo freilich dies dem einseitigen Inquisitionsprozesse des gem. deutschen Rechts untergeschoben wird.

ermahnt ihn zur Wahrheit, hält ihm die natürlichen Folgen des trotzigen Schweigens (Verzögerung des Prozesses, unterbleibende Erörterung etwaiger Vertheidigungsgründe, Auffassung seines Benehmens als einer Schuldanzeige) vor, schneidet Kollusionen ab, braucht Konfrontationen und sonstige mit dem Recht der subjektiven Freiheit verträgliche Mittel, — niemals aber sucht er Aussagen des Angeschuldigten durch mittelbaren oder unmittelbaren Zwang hervorzurufen. So lang daher der Staat kein Recht auf das Geständniß prätendirt, was durchaus nicht im Untersuchungsprinzip als solchem liegt, kann Verweigerung der Antwort nicht als strafbarer Ungehorsam bezeichnet werden. Ein Anderes ist es mit Lügen des Angeschuldigten.[1] Diese sind allerdings ein Unrecht; sie sind Fälschungen, Verletzungen der publica fides (natürlich einen Staat vorausgesetzt, der den Angeschuldigten als freies Subjekt anerkennt); Lügen sind daher strafbar, aber eben nur als falsa, nicht als Ungehorsam; und von selbst versteht sich, daß die Strafen dafür nicht während der Untersuchung vollzogen werden dürfen, weil sie sonst nur allzuleicht in ein Zwangsmittel zur Erlangung des Geständnisses übergehen würden. Auf dem Standpunkte des gemeinrechtlichen Prozesses dagegen muß man allerdings sich auch gegen die Lügenstrafen erklären. Zachariä findet natürlich auch hier wieder das radikale Heilmittel allein in der Annahme des Anklageprinzips. Aber ganz abgesehen von dem Unrecht, das er begeht, wenn er die Meyer, die Jagemann, die Möllner als die ächten Ritter des reinen Untersuchungsprinzips ansieht, geräth er hier selbst in eine Sackgasse. Da er nämlich für die Voruntersuchung das inquisitorische Prinzip, und zwar — wohlgemerkt — nicht das reine, sondern das ausgeartete, zur Mißgeburt verzerrte fordert, so kann er der Konsequenz nicht entgehen, wenigstens für die Voruntersuchung die Ungehorsamsstrafen (d. h. im Prinzip die Tortur) anerkennen zu müssen. Zwar sucht er sich dadurch hinauszuhelfen, daß er sagt: wenn man erwäge, daß man es in diesem Stadium des Prozesses noch mit keinem Inquisiten, sondern höchstens mit einem Verdächtigen zu thun habe, der, abgesehen von den gegen ihn zuläßigen Sicherungsmitteln, nicht mehr Pflichten gegen den Richter haben könne, als jeder Zeuge, so ergebe sich, daß die Ungehorsamsstrafen gegen ihn das Maß der gegen Zeugen zuläßigen Strafmittel nie übersteigen dürfen. Allein auch hiemit geht er

[1] Dies scheint Zachariä nicht anzuerkennen.

zu weit. Was er Strafmittel gegen Zeugen nennt, sind doch in der That, wie auch Andere anerkennen, praktisch nichts Anderes, als Zwangsmittel zur Erfüllung einer Bürgerpflicht. Solche Zwangsmittel können nun allerdings gegen Zeugen ganz wohl in der Form von Ungehorsamsstrafen verhängt werden,[1] da daraus nicht der Nachtheil folgt, der unvermeidlich ist, wenn solche Strafen gegen den Angeschuldigten verhängt werden. Gegen diesen sind auch solche Ungehorsamsstrafen zu vermeiden, weil das Recht auf Antwort, welches der Staat gegen den Zeugen unbedenklich geltend machen darf, gegenüber dem Verdächtigen sogleich wieder den Schein annehmen würde, als beanspruche der Staat ein Recht auf das Geständniß. Während nämlich das Zeugniß sich stets nur auf das äußere Faktum bezieht, daher die Erlangung dieses Beweismittels durch Zwang zulässig ist, so kann bei dem Angeschuldigten die Aussage über das äußere Faktum von der Aussage über die Schuld nicht abstrakt geschieden werden, weil erstere die letztere stets in sich schließt.

Hier, wie bei den andern angeführten Gebrechen des gemeinrechtlichen Prozesses, ist es denn auch wieder am Platze, auf einen sehr beherzigenswerthen Punkt aufmerksam zu machen: auf die ironische Stellung der Praxis gegenüber der weichherzigen Doktrin und auf den Widerwillen der energischeren Inquisitionskünstler gegen alle mehr auf dem Standpunkte der Theorie sich haltenden, das willkührliche Ermessen der Inquirenten beschränkenden Instruktorien der Obergerichte.[2] Diese Klagen, diese oft sehr heftigen Zornesäußerungen sind durch das Prinzip des gemeinrechtlichen Prozesses vollkommen berechtigt, sie sind es namentlich auch gegenüber unserer — ohne Zweifel aus bester Meinung — den wahren Charakter dieses Prozesses verfälschenden Doktrin und den dieser Doktrin nachlebenden Instruktorien der Obergerichte. Gerade jener Euphemismus unserer Doktrin mit ihren schönen Reden und papierenen Palliativmitteln, mit ihren plausibeln Gründen für schlechte Sachen und ihren spitzfindigen Tröstungen, deren die Praktiker spotten mußten, — gerade dies war ein Hauptgebrechen des bisherigen Zustands, weil sich die mit der Macht im Staate bekleideten Gegner der Reform stets auf jene gutgemeinten Illusionen der Theorie berufen konnten und ausbündig genug beriefen.

[1] l. 1. §. 1. l. 21. §. 2. D. de testibus. c. 3. 4. X. de testib. cog. Code d'instr. crim. art. 80. Philipps, on evidence. I. p. 8.

[2] S. die Schriften von Puchta, Pfister, Röllner u. A.

8) Die bindende Beweistheorie.

In Beziehung auf die bisher erörterten Gebrechen des gemeinrechtlichen Prozesses hatte die vorliegende Darstellung sich wenigstens des Beifalls oder mindestens der praktischen Uebereinstimmung von Seiten einer Fraktion unserer Doktrin zu erfreuen, derjenigen nämlich, welche an dem bisherigen Rechte Mängel und Vorzüge herauszuheben weiß und schließlich für ein Transaktionssystem stimmt, das mehr oder weniger vom bestehenden Rechte preisgiebt, ohne zu bedenken, daß ein solcher Eklektizismus von vorn herein nichts Lebenskräftiges schaffen kann. Sie muß sich dieses Vortheils jetzt begeben, indem sie nunmehr auch solche Punkte als Gebrechen aufzuweisen sucht, welche bei unsern Transaktionären noch unter den Vorzügen des bisherigen Rechts zu figuriren pflegen. Um diese Vorzüge ist es jedoch eine betrübte Sache. Sie wollen auch ihren getreusten bisherigen Gönnern nicht mehr Stand halten und drehen sich ihnen unter der Hand zu Gebrechen um. Was der Eine noch dazu rechnet, das giebt der Andere preis, und die Vertheidigung wurde von Jahr zu Jahr dünner und fadenscheiniger. So hat Biener in seiner Abhandlung über die neueren Vorschläge zur Verbesserung des Kriminalverfahrens in Deutschland [1] noch einen Katalog von fünf Vorzügen zusammengebracht. Zachariä hat sich gegen das Meiste davon schon in den Berl. Jahrb. (1845) ausgesprochen, und i. J. 1846 weiß er dem deutschen Strafprozesse nur noch drei Punkte zum Verdienste anzurechnen, wovon aber gleich der erste offenbar nicht dem spezifischen Geist dieses Prozesses, sondern dem Untersuchungsprinzip als solchem, und etwa — in Vergleichung mit französischer Oberflächlichkeit — der deutschen Gründlichkeit zu Gute kommt (die sorgfältige Ermittlung und Feststellung des Thatbestandes), während der dritte, die Anerkennung von Rechtsmitteln gleichfalls in keiner Kausalverbindung mit dem Prinzip des gemeinrechtlichen Prozesses steht, vielmehr in jeder Art von Strafverfahren Aufnahme finden kann. Dagegen ist nun der zweite Vorzug, den er geltend macht, die gesetzliche Beweistheorie, [2] — und gerade diese muß nunmehr als vierte Konsequenz des Grundgebrechens im gemeinrechtlichen Prozesse bezeichnet werden.

[1] S. meine Rec. in der Jen. A. Lit.-Ztg. 1846. Nr. 107—111.

[2] S. Mittermaier, Strafverf. I. §. 87. 88, wo freilich die Eintheilungen die Verlegenheit um ein Prinzip hinlänglich deutlich machen.

Hiebei tritt für die Lobredner des gemeinen Rechts sogleich das Eigene ein, daß sie zugeben müssen,[1] die Beweistheorie sei nicht unter der Herrschaft des Untersuchungsprinzips entstanden, sondern aus dem römischen Rechte herübergenommen, wobei sie aber schon über den Unterschied des Rechts der römischen Republik und des Rechts der Kaiserzeit sehr oberflächlich hinweggehen, und noch viel weniger sich bemühen, auf die Grundverschiedenheit der antiken und der modernen Weltanschauung überhaupt und die dadurch bestimmte tiefe Verschiedenheit der Forderungen, welche das römische, und welche das germanische Recht an den Beweis in Strafsachen stellt, einzugehen.[2] Statt dessen meint Zachariä auch hier wieder Alles mit dem beliebten Unterschiede zwischen Anklage- und Untersuchungsprinzip abmachen zu können, indem er sagt, daß die gesetzliche Beweistheorie nur vom ersteren gefordert und getragen werde, während die Konsequenz des letzteren nothwendig zur Ausschließung jeder Fessel des subjektiven Ermessens und zum Richten nach subjektiver Ueberzeugung hinführe. Allein diese vermeintliche Konsequenz existirt wieder bloß in seinem eigenen Kopfe. Denn warum sollte ein Gesetzgeber, der das Untersuchungsprinzip auch in seiner schroffsten Einseitigkeit aufstellte, dem, der die Untersuchung geführt hat und hierauf nun das praktische Resultat der Strafe gründen will, nicht eben so gut aufgeben können, daß er die Richtigkeit des durch die Untersuchung Gewonnenen nach gewissen vorausbestimmten feststehenden Regeln rechtfertigen solle, als dies im Anklageprozesse geschehen kann? Begnügt man sich denn bei andern Untersuchungen gleichfalls in Beziehung auf das Resultat mit der bloßen subjektiven Ueberzeugung? Wenn das Untersuchungsprinzip eine Beweistheorie nicht zuließe, so würde doch wohl nicht eben in dem gemeinen deutschen Strafverfahren eine solche Jahrhunderte lang als Kabinetsstück figurirt haben und zu demjenigen gehören, was sich seine Liebhaber durchaus nicht entreißen lassen wollen.[3] Zwar weiß Z. hiefür Rath, indem

[1] AM. Möhl, Zeitschr. für deutsch. Strafverf. II. S. 278.

[2] Daß dies eingefleischte Inquisitoren nicht thun, mag hingehen. Wenn aber Vertheidiger der Jury, wie Leue, eben im Hauptpunkte nichts Sachgemäßes beizubringen wissen, so muß man sich billig über ihre Keckheit wundern.

[3] Ebenso ungeschickt ist es freilich, wenn man die Beweistheorie als das vorzüglichste Erzeugniß des Inquisitionsprozesses unablässig preist, und doch zugeben muß, daß sie aus dem römischen Anklageprozesse entlehnt sei, wie es dem Verf. der strafrechtl. Fragen der Gegenw. begegnet.

er in diesem Stücke unsern Untersuchungsprozeß durch das Anklageprinzip beherrscht sein läßt. Allein solche Ausflüchte sind der Macht der geschichtlichen Wirklichkeit gegenüber, die sich minder auf die Anerkennung widersprechender Prinzipien in Einer Sache versteht, als die Doktrin, eine sehr mißliche Sache. Der Hauptnerv in der Beweisführung Z's besteht in dem Satze, daß das Wesen des Rechtsprechens in der Subsumtion des einzelnen Falles unter die allgemeinen Regeln des Rechts beruhe. Was er hier begreiflich machen will, ist jedoch besser und gründlicher von Wirth [1] ausgeführt.

Dieser geht davon aus: jeder Beweis sei ein nothwendiger Schluß von etwas Gegebenem auf etwas damit Zusammenhängendes; jeder Beweis müsse also die Einheit dieser Momente so aufzeigen, daß das Gegentheil dieser Einheit unmöglich erscheine. Er wirft sich nun selbst ein, daß der Auschuldigungsbeweis in Straffachen kein apodiktischer, sondern nur ein historischer sein könne, der von einzelnen Thatsachen auf ein einzelnes Faktum schließe. Dies ist auch in der That der nie zu entfernende Einwurf, der in der Doktrin neuerdings mehr und mehr Boden gewann, daß nämlich auch die sog. direkten Beweismittel letztlich doch nur die Qualität des Anzeigenbeweises haben. [2] Allein gerade hieran hält sich nun W. und fährt fort: „Der Richter greift allerdings nur eine Vermittlung auf; aber der Verbrecher kennt die Sophistik der unendlichen Bestimmtheit, welche eine Unendlichkeit von Möglichkeiten ist. Weil jedes Faktum, als etwas Singuläres, auf eine andere Weise geworden sein kann, als die übrigen, so weiß er überall die Beziehungslosigkeit des Faktums und des Datums aufzuzeigen. Allein in diesem Gegenbeweise erkennt doch der Angeklagte selbst etwas Allgemeines an. Anerkennung für seine Gegenbemerkungen könnte er vom Richter nicht verlangen, wenn er nicht auf demselben Felde, auf welchem er mit dem Richter steht, gewisse allgemeine Regeln des Schlusses statuirte. Diese

[1] Moral und Rechtsphilosophie. S. 312. 313.

[2] Höchst sonderbarer Weise geht Leue, Anklageprozeß S. 131—170 eben davon aus, und kommt gerade auf das entgegengesetzte Ergebniß, während für den gesunden Menschenverstand seine Beweisführung in der absoluten Skepsis endigt. Der langen Rede kurzer Sinn aus seinen beiden Büchern, — abgesehen von ihrem politischen Inhalt — ist der: daß es eigentlich keinen Beweis in Straffachen gebe, daher der Hokuspokus von Laien eben so gut gemacht werden könne, wie von Juristen. In Schöffenger. S. 61—65 bricht der Bankerott offen aus.

muß er folglich auch für die Gegenseite zugeben. Sie sind aber nichts Anderes, als der gewöhnliche Verlauf der Dinge." Allein damit ist zunächst nur der in keiner Form des Prozesses bezweifelte Satz ausgesprochen, daß Rechtsgleichheit zwischen dem Anschuldigungs- und Entschuldigungsbeweise stattfinden, daß beide dieselben Wahrheitskriterien anerkennen müssen. Die Frage ist aber eben, ob jene objektiven Kriterien, jene formellen Regeln des Induktionsschlusses aus dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge zum Beweise in Strafsachen genügen können? Hierauf behauptet nun W., dieser Beweis sei allerdings einer objektiven Form fähig; 1) hätten nämlich alle Arten von Verbrechen bei aller Eigenthümlichkeit doch etwas Identisches in ihrem Wesen und in der Art ihrer Vermittlung; 2) so gebe es auch in Beziehung auf die Glaubwürdigkeit der Zeugen rc. gewisse allgemeine Bedingungen, unter denen sie vorausgesetzt werden müsse; 3) das Allgemeine allein aber könne der Staat zur Norm seiner Entscheidung machen; auf diese Weise allein werde der Angeklagte als Mensch behandelt, der sich so allein im Elemente des wachen Bewußtseins wisse u. s. f.

Allein W. selbst giebt zu, daß der Beweis, wie er ihn mit der gemeinrechtlichen Doktrin (keineswegs auch mit der P.G.O. [1]) statuirt, nur ein vom gewöhnlichen Verlauf abstrahirter historischer, d. h. eben ein nicht allgemeiner, sondern partikulärer sei. Denn das Gewöhnliche ist nur das Zufällige, quantitativ genommen, die Summe des Partikulären, das — noch so oft wiederholt — niemals zum Allgemeinen wird. Es ist hier also auf ganz unzulässige Weise mit dem Begriff des Allgemeinen gespielt. Wenn in Strafsachen von einem wahrhaft allgemeinen, d. h. apriorischen Beweise die Rede sein könnte, dann hätte W. allerdings Recht. Aber die Möglichkeit eines solchen läugnet er selbst. Nun entsteht die weitere Frage, ob der bloß historische, objektive Beweis ausreiche? Diese ist aber zu verneinen.

Der Hauptfehler der Vertheidiger der gemeinrechtlichen Beweistheorie ist gerade der, daß sie sich stellen, als bekämpfe man ihre Existenz überhaupt, [2] während man doch nur bestreitet, daß sie für sich ausreiche, um die Aufgabe zu erfüllen. Indessen ist wohl zu beachten, daß diese Ver-

[1] Denn ihre Bemühung um das Geständniß stellt sie auf einen ganz andern Standpunkt.

[2] Leue u. A. thun dies allerdings; aber deren Extravaganzen können doch wohl nicht Gegenstand einer ernsthaften Polemik sein.

theidiger es mit der Sache, die sie vertheidigen, nicht allzugenau nehmen. Eine formelle Beweistheorie kann sich auf bloß negative Regeln beschränken, die bloß dazu bestimmt sind, der Erfahrungserkenntniß ihre Trüglichkeit abzustreifen, und die keine andern sind, als welche schon die gemeine Logik in Beziehung auf alles Erfahrungswissen überhaupt an die Hand giebt. Die Brauchbarkeit, ja Nothwendigkeit dieser Regeln in Abrede zu stellen, fällt keinem besonnenen Vertheidiger des Geschworenenprozesses ein,[1] und es ist pedantische Splitterrichterei, wenn unsere Doktrinäre hier immer und immer wieder auf den, freilich nach französischer Manier abstrakten Art. 342 des Code d'instr. crim. zurückkommen.[2] Eine Beweistheorie kann aber auch über jenes richtige negative Maß hinausgehen, sie kann die Erkenntniß positiv zu bannen streben; und Jahrhunderte lang war man nicht im mindesten Zweifel darüber,[3] daß die gemeinrechtliche Beweistheorie diesen positiv bindenden Charakter habe. Erst im Laufe dieses Jahrhunderts, seit dieser positiv bindende Charakter der Gesetzgebung mehr und mehr unleidlich zu werden und man die Fesseln des herkömmlichen Beweissystems zu sprengen, namentlich an der Freiheit des Anzeigenbeweises Geschmack zu gewinnen anfieng, kam unsere Doktrin dazu, jenen Charakter in Abrede zu stellen[4] und zu behaupten, daß auch die gemeinrechtliche Beweistheorie nur einen negativen Charakter habe. Es ist dies einer ihrer gewöhnlichen Winkelzüge, auf den wir hier kein weiteres Gewicht legen wollen. Nehmen wir vorläufig an, das von Mittermaier, Zachariä u. A. geschilderte, in die bad. Strafproz.O. aufgenommene Beweissystem sei wirklich das ächte Beweissystem des gemeinen Rechts, — so ist der Beweis der Falschheit der gegnerischen Ansicht nur noch erleichtert.

Da nun mit bloßem Raisonnement in derlei Fragen nichts gethan ist, so halten wir uns an die philosophische Rechtfertigung der gemeinrechtlichen Beweistheorie, welche Abegg[5] zu geben versucht hat. Mit

[1] Daher giebt sich Dernburg S. 67—71 eine im Grund überflüssige Mühe.

[2] Z. B. Zachariä, Gebrechen rc. S. 190. Biener, Abh. 2. S. 130.

[3] S. noch Mittermaier, Lehre vom Beweise S. 11. Vgl. Hélie, traité de l'instr. crim. I. p. 649—659.

[4] Mittermaier, Strafverf. I. §. 88. Not. 8. Zachariä, Gebrechen rc. S. 189.

[5] Lehrb. des Kriminalprozesses. §. 89 f.

Recht geht er von der Frage aus, ob und warum überhaupt ein Beweis in Strafsachen möglich sei? Diese Möglichkeit liegt in der Natur des Verbrechens als einer menschlichen Handlung, sofern in dieser das subjektive Innere sich in eine äußerlich erkennbare Objektivität umsetzt, deren einzelne Seiten, zum Gesammtbilde vereinigt, das subjektive Wesen der Handlung (die Schuld des handelnden Subjekts) wiederspiegeln. Indem nämlich das Gericht sich bestrebt, diese einzelnen äußern Momente der Handlung aufzusuchen und zum Gesammtbilde zu vereinigen, so bereitet es dadurch den Stoff vor, aus welchem jene Reflexion (des subjektiven Wesens der Handlung in das Bewußtsein des urtheilenden Subjekts) entstehen kann. Diesen Stoff vorbereiten kann aber das Gericht deshalb, weil die Handlung ihrer Natur nach in das Medium der sinnlichen Erscheinung, unter die Kategorieen des Raums, der Zeit, der Quantität und der Qualität fällt. Während nun das Ermitteln der äußeren Erscheinung das Geschäft der Untersuchung ist, so macht die Herstellung des Zusammenhangs der äußeren Erscheinung mit ihrem Wesen den Beweis aus.

Gleich hier macht nun A. einen Seitensprung, indem er gerade nur jene Ermittlung der sinnlichen Seite Beweis nennt, dagegen von dem subjektiven Wesen der Handlung behauptet, dieses werde nicht eigentlich bewiesen, sondern aus den bewiesenen Vordersätzen erschlossen. Ganz mit Unrecht. Dasselbe ist so wenig Rechtsfrage, daß es vielmehr gerade die Hauptthatfrage, den Kern des Beweises[1] ausmacht. Die gemeinrechtliche Theorie verläugnet selbst jene Finte, die auch in der That nichts taugt. Die Thatfrage besagt: hat dieses Individuum diese Handlung begangen? d. h. ist die Handlung überhaupt äußerlich existent geworden? und ist sie es als die seinige geworden? Dies Alles ist Gegenstand des Beweises. Nur das ist nicht mehr Gegenstand des Beweises, ob die Handlung strafbar sei oder nicht? Dies ist die Rechtsfrage. Alles Andere ist Thatfrage,[2] ein historisch Gegebenes, das ausgemittelt werden muß. Setzt man also das Wesen des Beweises darein, daß er von der Wahrheit der Thatsache eine begründete Ueberzeugung hervorbringen solle, so muß man unter der Thatsache die Schuldfrage mitbegreifen. Dann

[1] Am allermeisten im germanischen Rechte. S. unten Kap. 3.

[2] Daß diese Thatfrage, da es sich um eine widerrechtliche That handelt, rechtliche Momente hat, versteht sich so sehr von selbst, daß man sich über die Mühe wundern muß, die man sich oft giebt, es zu beweisen. So auch wieder v. Stemann S. 273—294.

entsteht erst die Frage, wie eine solche Ueberzeugung bewirkt werden könne?

Hiebei geht nun A. von zwei ganz richtigen Vordersätzen aus: 1) daß die Grundlage des peinlichen Beweises eine historische Thatsache bilde, deren Erkenntniß an sich trüglich sei; 2) daß, um ein Strafer-kenntniß möglich zu machen, diese trügliche Erkenntniß irgendwie in eine verläßliche, der bloße Verdacht in Wahrheit verwandelt werden müsse. Nun ergeht aber die schwierige Frage: Was ist Wahrheit? Auch hier erklärt sich A. mit Recht gegen die ganz inhaltslose Bestimmung der gewöhnlichen Doktrin, welche das Bewußtsein der Wahrheit in das Bewußtsein von der Einheit der subjektiven Vorstellung mit der vorgestellten Sache setzt. Denn das ist ja eben die Frage, ob sich überall im Reiche der Endlichkeit das Bewußtsein von einer solchen Einheit rechtfertigen lasse? Man sollte auf die Frage, was denn hiefür Gewähr gebe, gemäß der Definition irgend ein objektives Moment, ein Selbstreden der Sache ꝛc. als Antwort erwarten. Vergebens. Die Antwort lautet: die Gewähr liegt in Gründen, welche bei jedem Subjekte auf die gleiche Weise wirken müssen. Allein damit ist wieder nichts gesagt. Denn, die Existenz solcher Gründe zugegeben, so wäre man ja nur darüber beruhigt, daß Alle die gleiche Vorstellung von der Sache haben müssen, nicht aber auch darüber, daß diese Vorstellung mit der Sache selbst übereinstimme, worin doch nach der Definition allein die Wahrheit bestehen soll. Allein die metaphysische Erörterung, die Abegg dieser von ihm verworfenen Theorie gegenüberstellt, läuft endlich ganz auf dasselbe hinaus. Auch er findet nämlich, daß der Erfahrungserkenntniß ihre Trüglichkeit abgestreift werden könne mittelst einer gesetzlichen Beweistheorie, welche die Zahl und Art der Beweismittel beschränke und hiemit den Zweck habe, den bloßen Schein in der Erscheinung zu zerstreuen.

Wie kann denn aber dadurch, daß ich Schlüsse mache, die auch ein Anderer oder Dritter macht und machen muß, eine objektive Garantie entstehen? Nur eine subjektive kann entstehen, die Gewißheit der richtigen Reflexion, nicht auch die Gewißheit der Richtigkeit des Objekts der Reflexion. Denn, wenn mir ein Gesetz auch noch so ausführlich vorschreibt, mich gegen Sinnentäuschungen zu wahren, nicht jedem Zeugen auf's Wort zu glauben, ein Geständniß nicht ungeprüft anzunehmen, keine Urkunde ohne sorgfältige Kritik zu benützen, beim künstlichen Beweise vorsichtig zu sein ꝛc., was weiß ich mit all dem von der Sache selbst? Sind die

Regeln vernünftig (und dahin streben die neusten deutschen Gesetzgebungen, indem sie nur noch negative aufstellen), so sind sie nichts weiter, als formell logische Anweisungen, richtig zu reflektiren. Materielle Erkenntnißkriterien sind sie nicht. Die Hauptsache, die Seele der Handlung, die Schuld hat kein Zeuge gesehen, kann der Richter nicht sehen, und kein Papier kann sie enthalten. Mag also der Richter diese Beweismittel nach den plausibelsten objektiven Kriterien prüfen, so ist mit den angegebenen Gründen noch lange nicht gesagt, warum er den Angeschuldigten für schuldig halte. Dieses Urtheil — was sich unsere Richter nur nicht gestehen wollen — ist immer noch ein anderes, über alle jene empirischen Induktionsvermittlungen hinausliegendes, das in keinen Entscheidungsgründen angemessen dargestellt werden kann.[1] Eben deshalb sind auch diese Entscheidungsgründe eine schlechte Garantie für den Angeklagten.[2] Das Recht seines freien Selbstbewußtseins kann dadurch nicht befriedigt sein, daß er erfährt, der Richter habe nach dem gewöhnlichen Verlaufe der Dinge diesen Zeugen glaubwürdig, diese Urkunde ächt gefunden ꝛc. Denn dies ist nicht der letzte und wahre Grund der Verurtheilung. Auf die Anwendung jener objektiven Kriterien mußte noch eine ganz andere Geistesthätigkeit folgen, um ein Gesammtbild vor die Seele des Richters hinzustellen, woraus er die subjektive Ueberzeugung von der Schuld des Angeklagten schöpfte. Gerade diesen Gesammteindruck aber, welcher das rein Konkrete ist, müssen die Entscheidungsgründe, als auf das Abstrakte gebaute Reflexionsgründe, stets schuldig bleiben.[3]

Abegg's Behauptung beruht auf einem bloßen Sophisma. Er sagt, diese Regeln schützen gegen das subjektive Belieben, die Willkühr der Reflexion, — also seien sie objektiver Natur, sie führen die Ueberzeugung auf Gründe zurück, welche nicht das Subjekt nach seiner bloß individuellen Meinung, sondern in seiner objektiven Eigenschaft als richterlichen Beamten bestimmen, auf eine Weise also, welche selbst

[1] S. jetzt auch Mittermaier in d. Verh. d. Germ. in Lübeck S. 154. 155.

[2] Daher ist auch der Vorschlag, die Jury ihr Urtheil motiviren zu lassen (s. Dernburg S. 100—114, Biener, Abh. 2. S. 113), wenn er mehr bieten soll, als einen Antrieb zur Gewissenhaftigkeit für die Geschworenen, ein unpraktischer, weil naturwidriger. S. auch Blume in den Verh. der Germ. in Lübeck S. 137.

[3] J. Möser, patriotische Phant. IV. 25. Welcker, Staatslexikon. IX. S. 130—134 streift an das Richtige, ohne das punctum saliens zu treffen.

objektiv und für jeden unter den gleichen Verhältnissen allgemein bestimmend sein solle. Allein die gedachten Regeln benehmen der Reflexion offenbar nicht die Eigenschaft des Subjektiven, sondern nur die des Individuellen. Der Gegensatz des Beliebigen, Zufälligen, Individuellen ist aber nicht die Objektivität (Sächlichkeit), sondern nur die Allgemeinheit. Allgemein machen jene Regeln die Reflexion allerdings, aber nicht objektiv; einen Inhalt geben sie ihr nicht, sondern nur eine — und zwar allgemeine — Form. In dieser formellen Allgemeinheit behält aber die Reflexion ihren subjektiven Charakter vollkommen. So klar dieses Sophisma vorliegt (wobei nur beiläufig noch auf die dem alten bureaukratischen System freilich sehr angemessene, sonderbare Unterstellung aufmerksam gemacht werden mag, als ob gar die amtliche Stellung des Richters eine Garantie für die objektive Richtigkeit seiner Erkenntniß gebe), so wurde es gleichwohl auch von Andern wiederholt.[1]

Sie meinen mit der vermeintlichen Objektivität, die ihre Beweisregeln hervorbringen sollen, Alles zu leisten,[2] während die richtige Ansicht vielmehr dahin geht, daß dieselben 1) keine Objektivität hervorbringen, und daß sie eben deshalb 2) nur die Hälfte der Aufgabe erfüllen. Gegen die halbe Maßregel, die sie anpreisen, erhebt sich nämlich der ganz gerechte Einwurf, daß alle jene Regeln den Beweis nicht (wie Abegg meint) qualitativ anders machen, sondern nur die Wahrscheinlichkeit quantitativ steigern. Denn die Regeln sind bloß formell, beziehen sich nicht auf den Inhalt der Reflexion, bringen also kein neues, qualitativ anderes Element in die geistige Thätigkeit. Soll dies geschehen,

[1] Zachariä, Gebrechen rc. S. 195—197. Gerau in der Zeitschrift für deutsch. Strafverf. N. F. I. S. 385 f.

[2] Der andere Irrthum ist dann, daß die Anwendung dieser Regeln eine besonders erlernte Kunst erfordere, — ein Gerede, das sich besonders wieder in den strafr. Fragen der Gegenw. S. 112 f. breit macht. Was dort von der Erheblichkeit der Thatsachen gesagt wird, kann man gelten lassen. Darüber können die rechtsgelehrten Richter die Geschworenen belehren. Aber das, was das Erheblichste ist, — der Totaleindruck aus der Gesammtanschauung auf das Gewissen, wird nicht in juristischen Büchern erlernt, und ist nicht Sache der juristischen Mitglieder des Gerichts, deren Funktion eine wesentlich verschiedene Geistesthätigkeit erfordert. Damit ist nicht gesagt, daß Juristen zu jener Geistesthätigkeit unfähig, sondern nur daß sie es nicht allein seien. S. auch Welcker, Staatslexikon IX. S. 129, der aber S. 139 f. in gewohntem Fanatismus über das Ziel hinausschießt und sich die größten Blößen giebt.

so muß zu der abstrakten Reflexion ein neues und anderes Moment hinzukommen, welches einer andern Erkenntnißsphäre angehört.

Eben dies ist nun die intuitive Erkenntniß der Geschworenen, welche jene durch die Beweisregeln geschützte Reflexion über die Beweismittel des äußeren Thatbestands als vorbereitende Grundlage voraussetzt.[1] Von den englischen und amerikanischen Geschworenen ist es bekannt genug, daß sie in ihrem law of evidence diese vorbereitende Grundlage haben. Aber auch die französischen können sie trotz dem abstrakten Art. 342 des Code unmöglich entbehren, wenn sie sich nicht bei ihrem Geschäfte geradezu aller Verstandesthätigkeit begeben wollen.[2] Insofern stehen also die Geschworenen den gelehrten Richtern vollkommen gleich, namentlich da, wo man ihnen die fraglichen negativen Regeln in Form einer gesetzlichen Belehrung in die Hand gegeben hat. Allein reicht dies aus? Diese Frage ist zu verneinen. Zunächst nämlich lehren diese Regeln nur Vorsicht im Gebrauche der Beweismittel (der objektiven Wahrheitskriterien), z. B. daß man einem bestochenen, einem betrunkenen Zeugen nicht glauben, einer unächten Urkunde nicht trauen dürfe u. dgl. Allein, auch den Standpunkt von Wirth angenommen, wornach die Kraft dieser objektiven Wahrheitskriterien wesentlich darin liegen soll, daß dadurch an den fraglichen Vorfall der Maßstab des gewöhnlichen Verlaufs der Dinge angelegt und hiemit die Sophistik des Verbrechers, der jenen auf andere Weise, durch andere Möglichkeiten erklären wolle, abgeschnitten werde, — muß auch so die Unzureichenheit dieser objektiven Kriterien behauptet werden. Denn es handelt sich ja bei dem Beweise in Strafsachen nicht um ein Abstraktes,

[1] Es ist daher in den Tag hineingeredet, wenn der Verf. der strafrechtl. Fragen fortwährend die Frage so stellt, ob die Geschworenen zur Beurtheilung der Thatfrage, zur Abwägung der juristischen Erheblichkeit dieses oder jenes besondern Umstands geschickter seien, als gelehrte Richter. Diese Unfähigkeit, den richtigen Gesichtspunkt aufzufassen, macht denn auch, daß er in seiner Unschuld nicht einsieht, warum es im bürgerlichen Prozesse keiner Jury bedarf, sowie daß er sich über die den rechtsgelehrten Richtern gestattete Nachprüfung des Urtheils der Jury verwundert (S. 120—124). Mit der gänzlichen Verrückung des Standpunkts der Frage hängt denn auch die Kapuzinerpredigt S. 133—138 zusammen, die eben nur das alte Lied ableiert, daß man doch nicht die Geschworenen (Höcker und Bader) über die Staatsrichter im Rang hinaussetzen könne! Vgl. übrigens S. 145. 146. und Möhl S. 102—117.

[2] S. auch Bonnier, Traité des preuves, und Wolowsky, Revue. 1843. I. p. 330.

sondern um ein durchaus Konkretes, daher nicht um Abwägung bloßer Möglichkeiten, gegen die sich die Wahrscheinlichkeit des gewöhnlichen Verlaufs der Dinge als das Siegreiche zu beweisen hätte, sondern um die Erkenntniß einer bestimmten Wirklichkeit, die ja gerade von jenem gewöhnlichen Verlauf völlig abweichen kann. Diese Wirklichkeit hat eine doppelte Seite, den objektiven und den subjektiven Thatbestand des Verbrechens, den Leib und die Seele der Handlung. Nun ist wohl klar, daß der subjektive Thatbestand durch alle möglichen objektiven Beweismittel nicht hergestellt werden kann, vielmehr unter den gemeinrechtlichen Beweismitteln allein durch das Geständniß, weil nur dieses den konkreten Inhalt der Handlung wiedergiebt, während alle übrigen nur einen Schluß auf das Abstrakte, auf den gewöhnlichen Verlauf der Dinge erlauben, wobei die Möglichkeit eines verschiedenen Verhältnisses im konkreten Fall nie ausgeschlossen ist. Aber auch zur Herstellung des objektiven Thatbestands genügen jene objektiven Beweismittel nicht, weil dieser seine rechtliche Bestimmtheit eben nur durch den subjektiven erhält und eine Sonderung beider nur eine wissenschaftliche Abstraktion ist.[1] Mögen daher auch mit Hilfe der objektiven Beweismittel noch so viele einzelne Data sich sammeln und zu einem Faktum zusammensetzen lassen, woraus nach dem gewöhnlichen Maßstabe sich eine bestimmte Art und ein bestimmter Grad von Schuld erschließen läßt, so giebt diese abstrakt logische Operation doch noch keine Gewähr dafür, daß der individuell konkrete Charakter der Handlung getroffen sei. Vielmehr muß zu dieser Reflexion, welche nur eine negative Garantie giebt, noch eine andere Operation hinzutreten, woraus eine positive Gewähr entspringt. Diese kann aber, da es sich von einem Konkreten handelt, nur die Anschauung sein, welche allein die zerstreuten faktischen Momente zu einem lebendigen Ganzen zu sammeln, dieses aus jenen mit einem Schlage wiederzuerkennen vermag.[2] Diese allein ist im Stande, den unendlichen Progreß von Möglichkeiten abzuschneiden, den keine negativen Beweisregeln irgendwo festzubannen vermögen. Nur sie ist im Stande, aus der vieldeutigen äußern Erscheinung heraus das konkrete Wesen der That, ihr subjektives Inneres zu erkennen, welches nun nicht mehr ein dem Beobachter Aeußerliches und Frem-

[1] S. besonders Canard, Moyens de perfectionner le Jury.

[2] Da dies v. Steman anerkennt, so ist es nicht wohl zu begreifen, wie er gleichwohl sich endlich doch wieder für den Vorzug der Reflexion entscheiden mag (S. 252—272).

des, der objektiven Endlichkeit Angehöriges, sondern seines Gleichen, der Spiegel seines eigenen Wesens ist. Hier allein also hört der Bruch der Erkenntniß in dem schiefen Lichtstrahl der bloßen Wahrscheinlichkeit auf, und es wird eine qualitativ andere, unmittelbare Erkenntniß, ein intuitives Vernehmen möglich. Durch dieses allein aber kann der That als einer konkreten ihr Recht geschehen.[1] Mögen nämlich immerhin die Verbrechen in ihrem Wesen und in der Art ihrer Vermittlung etwas Identisches haben, — so wird mit der Aufzeigung hievon doch eben die konkrete Schuld noch nicht bewiesen. Diese läßt sich durch keine objektiven Vermittlungen und empirischen Induktionsschlüsse für sich darthun, sondern nur aus dem Gesammteindrucke aller objektiven Momente auf das subjektive Gewissen. Gerade dies ist das unendliche Recht des Subjekts, als Freies angesehen und behandelt zu werden, d. h. nicht als ein Abstraktes, sondern als ein Konkretes, — nicht nach Gesetzen, die aus den Handlungen Anderer abgezogen sind, sondern nach dem Gesetze, das es selbst in seiner Handlung aufgestellt hat, — nicht als ein Wesen, das so oder so gehandelt haben muß, sondern als ein Freies, das so oder so handeln wollte, — nicht wie das Glied eines Uhrwerks, das man aus andern Gliedern berechnen kann, sondern als lebendiges Selbst, welches das Maß seiner Beurtheilung in sich selbst trägt.[2]

Auch Zachariä scheint neuerdings eine Anwandlung dieser richtigen Einsicht verspürt zu haben, indem er, freilich nicht eben sehr klar, ausspricht: der Werth, der auf den sogenannten Totaleindruck der mündlichen Verhandlung gelegt werde und gelegt werden müsse, sei bloß eine unentbehrliche spirituelle Substanz für die richterliche Entscheidung. Er irrt freilich gleich wieder, indem er hinterher annimmt, dieser Total-

[1] Gerade dies verkennt Feuerbach und Alle, die ihm nachsprechen. Er unterschiebt (S. 117 f.) einen blinden Instinkt, ein grundlos beliebiges Fürwahrhalten, was dann freilich leicht anzugreifen ist.

[2] Höchst lächerlich nimmt sich die Ueberschätzung der gemeinrechtlichen Beweistheorie in dem Aufputz mit Phrasen aus Hegel's Phänomenol. des Geistes aus, wie sie ihn in den strafr. Fragen der Gegenw. S. 117. 118. erhält, aus. Jeder Kenner weiß aber nur zu gut, daß die gemeinrechtliche Beweistheorie nicht eben ein solches Riesenwerk des menschlichen Geistes ist, wie der Verf. glauben machen will. Solche Abgeschmacktheiten sind es gerade, wodurch man die Wissenschaft erniedrigt, die glücklicher Weise andere Errungenschaften besitzt, worauf sie stolz sein kann, als jene Theorie, die gerade wieder beim Rechte der römischen Kaiserzeit angelangt ist, wie der Verf. selbst gesteht (S. 31).

einbruck könne und solle auf das Prokrustesbett eines Kettenschlusses von Entscheidungsgründen gestreckt werden. Allein immerhin muthet er doch den Richtern den Totaleinbruck als spirituelle Substanz zu, und es ist nur zu verwundern, wie ihm die Einräumung entgehen kann, die er damit dem Geschworenengerichte macht. Denn es wäre eine irrige Einbildung, wenn er damit den wahren Sinn eines solchen Rechts, das eine gesetzliche Beweistheorie hat, auszudrücken glaubte. Gerade hier aber zeigt sich der schwankende Boden, auf welchem unsere Doktrinäre stehen. Sie unterschieben der positiv bindenden Beweistheorie des gemeinen Rechts die bloß negativen Beweisregeln der modernen Doktrin und einiger nagelneuen Partikulargesetzgebungen, und dichten nun dem gemeinen Rechte einen Sinn an, der ihm völlig fremd ist.[1] Eine gesetzliche Beweistheorie im ächten (positiven) Sinne drückt gerade die Ansicht aus, daß jene sogenannte spirituelle Substanz, der Totaleindruck kein wesentliches Moment der Entscheidung sei, ja daß er es nicht sein dürfe, daß vielmehr eben nur nach dem gewöhnlichen Verlaufe der Dinge geurtheilt werden, daß das Urtheil das reine Erzeugniß einer logischen Reflexion sein solle.[2] Wenn in den letzten Zeiten, nach fast schrankenloser Entfesselung des Anzeigenbeweises und nach geschehener Reduktion der gesetzlichen Beweistheorie auf bloß negative Regeln, unsere Richter unvermerkt dazu gekommen sind, dem Totaleindruck sein Recht einzuräumen, so zeigt das eben nur, daß sie auf dem Wege waren, wenn auch wider Wissen und Willen, sich in Geschworene zu verwandeln. Allein das ist dann eben ein weiterer, freilich auch von mehreren neueren (außerdeutschen) Gesetzgebungen getheilter Irrthum, daß man meint, durch rechtsgelehrte Richter die Geschworenen ersetzen zu können.[3] Dieser Irrthum, wie so mancher ähnlicher, ist eine Folge der leidigen Abstraktion, womit man den lebendigen Organismus des ganzen Strafverfahrens in einzelne Stücke zerschneidet und sofort durch Flickerei da und dort helfen zu können meint. Gut, wenn man so weit ist einzusehen, daß die negativen Beweisregeln für sich allein der Aufgabe nicht genügen, daß jene „spirituelle Substanz" noch hinzukommen muß! Aber nun entwickle man sich doch auch einigermaßen, welche weiteren Bestimmungen sich hieraus ergeben!

[1] So namentlich Mittermaier, Strafverf. I. §. 87. 88.

[2] Daher ist eben das ganz falsch, was Möhl S. 113 sagt.

[3] S. meine Recension von Wächter's Beitr. ꝛc. N. Jen. Lit.-Ztg. 1846. Nr. 106 f.

Das Moment der Entscheidung nach dem Totaleindruck [1] ist nothwendig, weil es darauf ankommt, den unendlichen Progreß der Möglichkeiten abzubrechen und die That als ein lebendiges, konkretes Ganzes, als eine individuelle Wirklichkeit zu erkennen. Dazu dienen die nach den negativen Beweisregeln gereinigten und geordneten objektiven Beweismittel als Grundlage, sofern sie die einzelnen Stücke des objektiven Thatbestandes liefern. Aber mehr, als dies, können sie nicht leisten, und eben dies allein genügt nicht, weil alle empirische Erkenntniß stets trügerisch bleibt und weil die That nicht bloß abstrakt nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge berechnet, sondern als individuelles, lebendiges Ganzes erkannt werden muß. [2] Soll dies geschehen, so muß die subjektive Seele der Handlung, die konkrete Schuld erkannt werden, durch welche eben die Momente des objektiven Thatbestandes erst als Glieder eines, und zwar gerade dieses lebendigen Ganzen feste Bestimmtheit erhalten, so daß andere Möglichkeiten sofort ausgeschlossen werden. Dieser Erkenntniß kann nun das Geständniß zur Vermittelung dienen, — und daraus rechtfertigt sich der in der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis zur Ausbildung gekommene Satz, daß die confessio die regina probationum sei. Wo nun aber ein Geständniß nicht erfolgt, da muß das, was durch das Geständniß garantirt wird, d. h. der Einblick in die Innerlichkeit der verbrecherischen Handlung, auf andere Weise vermittelt werden. Dies kann dann nur dadurch geschehen, daß sich der Richtende mit seinem Gewissen [3] in die Mitte der Handlung versetzt und so deren einzelne Seiten und Momente zum Gesammteindrucke eines lebendigen Ganzen sammelt. Dazu ist nun vor Allem die lebendige mündliche Rekonstruktion der Handlung in ihren einzelnen Seiten mittelst Vernehmungen, Urkunden rc. nöthig, weil jener Gesammteindruck nicht aus Reflexion, sondern nur aus Anschauung hervorgehen kann. Es ist aber auch ferner nöthig, daß die-

[1] Sonderbarer Weise legt auf die Hauptsache Leue, Schöffenger. S. 43 gerade kein Gewicht, und verkennt sie sogar S. 62 geradezu, daher er denn S. 50 — 65 theilweise zu ganz unzulässigen Argumenten greifen muß.

[2] Dann erst ist die Erkenntniß die vernünftige Erkenntniß des wahren Sachverhalts, von welcher der Verf. der strafrechtl. Fragen der Gegenw. (S. 28) nur sehr mangelhafte Vorstellungen hat. Vgl. S. 117. 118. S. dagegen schon Möser, patr. Phant. IV. 25.

[3] Dieser Punkt ist bei Dernburg S. 15—17 ganz mißverstanden. Seine Einwürfe gegen die Auffassung der Jury als Volksvertretung (S. 13. 14) aber gehen eben so sehr gegen die Volksvertretung bei der Gesetzgebung.

jenigen Subjekte, welche auf die gedachte Weise das Gewissen des Angeschuldigten zu vertreten bestimmt sind, gerade auf diese Bestimmung beschränkt und zur richtigen Erfüllung derselben durch einen besondern Eid verbindlich gemacht werden, daß namentlich jene Entscheidung über die Thatfrage [1] nicht Personen übertragen sei, welche durch ihre allgemeine Stellung nicht dazu taugen, als Organe des subjektiven Selbstbewußtseins thätig zu sein.

Zwar ist nun zuletzt wieder von Zachariä behauptet worden, [2] die Trennung der Thatfrage von der Rechtsfrage gehöre zu den unnatürlichen Künsteleien der neueren Rechtspflege, und der Ausspruch, daß die Idee des Strafprozesses für das Urtheil zwei wesentlich unterschiedene Geistesoperationen und deren Vollziehung durch zwei verschiedene Organe fordere, — sei eine philosophische Träumerei. Allein diese sogenannte Träumerei ist vielmehr eine nicht zu umgehende Nothwendigkeit, [3] weil es Organe für das subjektive Selbstbewußtsein, und besondere Organe für den objektiven Staatswillen im Strafprozesse geben muß, weil dies ein tiefgreifender, die ganze Institution durchdringender Unterschied ist, der nach dem Gesetz des Organismus seine verschiedenen, relativ selbständigen, obwohl zur Einheit zusammenwirkenden Organe fordert. Uebrigens ist oben noch ausdrücklich bemerkt worden, daß es sich von keiner absoluten Trennung der That- und Rechtsfrage handle, [4] daher auch der Vorwurf ganz ungegründet sei, als würde hier das Zusammengehörige abstrakt in zwei Hälften auseinandergerissen. [5] Ueberhaupt ist es sonderbar, daß Z. das Gesetz des Organismus für den Strafprozeß ausdrücklich anerkennt, gleichwohl aber jedes Mal, wo davon Anwendung zu machen wäre, das Kreuz davor macht. Er setzt dann noch hinzu: mit demselben Rechte

[1] Wir brauchen den herkömmlichen Ausdruck, obgleich er nach dem Vorstehenden als mangelhaft erscheint. Vgl. Dernburg, Werth der Schwurgerichte. S. 5.

[2] Vgl. Möhl, Geschworenenger. S. 99 f.

[3] Gegen diese Auffassung sagen die herkömmlichen Einwürfe (s. z. B. Möhl a. a. O. strafr. Fragen S. 113—120. 145. 146.) gar nichts. Uebrigens haben wir damit auch die sonderbaren staatsrechtlichen Aufstellungen von Leue, Schöffenger. S. 23. 24. nicht zu vertreten.

[4] Vgl. Guizot bei Locré, Législation etc. XXVIII. p. 414. Leue, Schöffenger. S. 32—34. AM. Biener, Abh. 2. S. 111—113. Bergk, Philos. d. peinl. R. S. 354.

[5] Bei vielem richtigem Detail geht v. Steman S. 189 f. bei der Definition der Jury doch viel zu pedantisch zu Werk.

könnte man behaupten, daß auch das Urtheil über die Existenz des Verbrechens auf zwei verschiedenen Geistesoperationen beruhe, wovon die eine die objektiven, die andere die subjektiven Merkmale des Verbrechens zum Gegenstande habe. Damit hat er denn auch insofern Recht, als allerdings die objektive und die subjektive Seite des Verbrechens eine verschiedene Behandlung erfahren muß, welche sie denn durch die (auch von Z. verlangte) Trennung des Untersuchungs- und des Beweisverfahrens wirklich erfährt. Wenn er endlich sagt, es handle sich beim Beweise in Strafsachen nur um historische Fakta, nicht um religiöse Glaubensartikel, so ist zu erwiedern, daß es sich weder bloß um historische Fakta, noch um religiöse Glaubensartikel handelt; vielmehr handelt es sich um ein aus seinen hinterlassenen Spuren wieder zusammensetzendes Faktum, in dessen Totalanschauung[1] sich das urtheilende Subjekt mit seinem den Angeklagten vertretenden Gewissen versenken muß, um über dessen Schuld oder Unschuld urtheilen zu können.[2]

Die vorstehende nähere Entwicklung der eigenthümlichen Aufgabe des Geschworenengerichts wird übrigens darthun, daß der Ansicht, die früher nur polemisch entwickelt wurde, nicht ganz Recht geschehen ist, wenn ihr von befreundeter Seite[3] der Vorwurf gemacht wurde, sie bringe eine unrichtige Trennung in die Geistesthätigkeit der Geschworenen, indem sie das eine zu äußerlich, das andere zu innerlich fasse. Allerdings ist „auch bei der Handhaftmachung der That der Eid gleich relevant und das nothwendige Komplement, und umgekehrt sollen auch die Geschworenen bei der Schuldfrage nur aus den handhaftgemachten Thatsachen, mit denen zugleich auch die Schuld handhaft gemacht wird, ihre Ueberzeugung (intime conviction) schöpfen." Dies zu läugnen konnte nie im Sinne der hier ausgeführten Ansicht liegen. Nur schwebten bisher die[4] steten Jeremiaden der Doktrinäre über die Unbestimmtheit und Gefährlichkeit der intime conviction vor, und es schien vornämlich am Platz, nur wenigstens so viel zu zeigen, daß diese conviction keineswegs ohne vorgängige Anwendung

[1] D. h. nach der subjektiven und objektiven Seite zugleich. Unbegreiflich ist, wie Biener Abh. 2. S. 111 f. die Schuldfrage als trennbar von der Thatfrage betrachten mag. Ebenso Blume, Verh. d. Germ. in Lübeck. S. 140. 141.

[2] S. meinen Art. in der deutsch. Viertelj.-Schrift 1846. I. S. 334 f. Vgl. Jahrb. der Gegenw. 1847. H. IV. S. 339. 340.

[3] J. Gundermann, Gesch. der Jury. S. 48. 49. Anm. 97.

[4] Deutsche Viertelj.-Schrift a. a. O. S. 341. 342.

der negativen Beweisregeln des heutigen gemeinen Rechts denkbar sei,[1] daß daher der Geschworenenprozeß nicht etwa einer Garantie entbehre, welche das gemeinrechtliche Verfahren darbiete, sondern gerade im Gegentheil noch etwas Weiteres leiste, was bei der bestehenden Einrichtung zum größten Nachtheil der Sache fehle, — nämlich die aus dem Gesammteindrucke sich vermittelnde Gewissensüberzeugung. Von dieser war aber nicht die Meinung, daß sie sich bloß auf die subjektive Seite der Handlung beziehe, und daß die Geschworenen etwa in Beziehung auf die objektive nur eine Reflexionsoperation vorzunehmen hätten. Es wurde vielmehr als sich von selbst verstehend angesehen, daß letzteres nicht der Fall sein könne. Vielleicht hätte aber gerade von dem befreundeten Tadler der Grund, warum dies nicht ausdrücklich herausgehoben wurde, näher erwogen werden sollen, der eben darin liegt, daß die Geschworenen nur durch ihre Versenkung in den subjektiven Gehalt der Handlung das Mittel erlangen, die Handlung als äußere konkrete That handhaft zu machen, sie aus einem Inbegriff flüssiger Möglichkeiten zu fester Wirklichkeit herzustellen, wobei sich von selbst versteht, daß die intime conviction über die evidenten Thatsachen nicht hinausgehen darf, sondern nur dem caput mortuum des äußeren Leibs der That die belebende Seele einzuhauchen hat.

9) Die Trennung der Juryfrage von den Fragen der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit.

Ohne Zweifel war daher schon bisher die öffentliche Meinung von einem richtigen Instinkte geleitet, wenn sie die Formen der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit allein nicht für genügend hielt, sondern daneben das Geschworenengericht verlangte. Die im laufenden Jahrhunderte gemachten Versuche, jene Formen einzuführen und gleichwohl daneben gelehrte Gerichte beizubehalten,[2] wägen das klassische Beispiel von England, wie die Beispiele von Frankreich und Amerika, die gleichfalls wenigstens von älterem Datum sind, lange nicht auf. Ueberdies ergiebt sich aus dem Wesen des

[1] S. auch Dernburg, Werth der Schwurger. S. 72 f.

[2] Darauf legte seither besonders Mittermaier das größte Gewicht. S. auch v. d. Pfordten in den Verh. d. Germ. in Lübeck. S. 147, der aber mit der Verwerfung der Beweistheorie seine Stellung selbst vollständig preisgiebt. S. dagegen Mittermaier eb. S. 152—165.

Strafverfahrens, daß ein durchgeführtes organisches System desselben jene prinzipwidrige Mengung widerstreitender Bestandtheile nicht verträgt, daß solche vielmehr nur als Uebergangsstadium betrachtet werden kann. Muß man einräumen, daß ein solches Rechtssystem sich nicht auf die Dauer halten kann, so darf man auch eine solche Mischung nicht vertheidigen wollen. Der wahre Gegensatz, um den es sich handelt, liegt allein in der Beweisfrage, d. h. in der Frage, ob das System vorherbestimmter Beweisregeln genügen könne, oder ob die Entscheidung nach dem Gesammteindrucke der in möglichster Vollständigkeit reproduzirten Thatsachen vorzuziehen sei? Ob das Urtheil bloß das Resultat einer logischen Operation sein, oder ob es die innerste, durch jenen Gesammteindruck vermittelte Gewissensüberzeugung zum Fundamente haben solle? Wer sich für das Erstere erklärt, der wird für die Mündlichkeit und Oeffentlichkeit nie einen überzeugenden Beweis führen können. Denn, solang das Urtheil als ein Rechenexempel nach vorausbestimmten Beweisregeln betrachtet wird, fällt die Nothwendigkeit der Vermittlung eines Gesammteindrucks für die Anschauung hinweg, ja man hat auf konservativer Seite das beste Recht, sich gegen eine solche als eine gefährliche, der Sicherheit jener Verstandesoperation keineswegs beförderliche Maßregel zu erklären.[1] Man sieht sich dann genöthigt, für die Mündlichkeit allerlei Zweckmäßigkeitsgründe aufzuführen, denen ohne Mühe Gegengründe entgegengestellt werden können, wie denn dies von Seiten des Ministeriums v. Könneritz in Sachsen gegenüber den von Mittermaier aufgeführten Gründen wirklich geschehen ist. Denn, sieht man von denjenigen Gründen M's ab, welche über jenen Standpunkt hinausgehen und fast offenkundig dem Geschworenengerichte das Wort reden, so beschränkt sich das, was man für die Mündlichkeit sagen kann, nur darauf, daß Selbstsehen und Selbsthören eine bessere Garantie für die Wahrheit gebe, als die Protokolle. Dagegen aber könnten sich die streng Konservativen auf die Garantieen berufen, welche schon die P.G.O. gegeben und die man nur mit Unrecht später vernachläßigt habe, allein sie gehen auch noch weiter und machen dem mündlichen Verfahren den auf dem angenommenen Standpunkte keineswegs ungegründeten Vorwurf, daß es die Sicherheit der Operation, woraus das Urtheil hervorgehen soll, gefährde.

Ganz dasselbe ist mit der Oeffentlichkeit der Fall; ja hier war das

[1] S. meinen Art. in den Jahrb. der Gegenw. 1845. H. X. S. 929—932.

Transaktionssystem in noch viel größerer Verlegenheit.[1] Nicht nur mußte es erleben, daß manche seiner Anhänger in der That gegen die Oeffentlichkeit waren, während sie allerdings für die Mündlichkeit sich erklärten, sondern es sah sich auch neuestens im Falle, gestehen zu müssen, daß es langehin für die Oeffentlichkeit mit Gründen aufgetreten sei, die nur für die Mündlichkeit passen. Jetzt nimmt zwar Mittermaier keinen Anstand, den Grund für sie aufzuführen, der allein schlagend ist.[2] Allein er übersieht hiebei wiederum, daß er mit diesem Grunde den Standpunkt, den er festhalten will, verläßt und dem Geschworenengerichte die Thüre öffnet. Sieht man aber wiederum von diesem Grunde ab, so beschränkt sich Alles, was man für die Oeffentlichkeit vorbringen mag, doch am Ende auf den jetzt auch von M. verworfenen Grund, daß darin eine Kontrole für die Richter liege. Es braucht kaum bemerkt zu werden, daß den streng Konservativen nichts leichter sein könnte, als solche schale Rede abzuweisen. Denn abgesehen davon, daß gelehrten Gerichten gegenüber eine solche Kontrole nur eben wieder von Seiten gelehrter praktischer Juristen, denen Akteneinsicht gewährt werden müßte, stattfinden könnte, so liegt es ja am Tage, daß in jenem System das, was durch die Oeffentlichkeit erreicht werden soll, bereits durch die Entscheidungsgründe erreicht wird, welche dazu bestimmt sind, die nach den Beweisregeln vollzogene logische Operation in ihren Schlußreihen darzulegen.

Mündlichkeit und Oeffentlichkeit — in ihrer wahren Bedeutung — hängen daher auf's Genaueste mit der Beweisfrage zusammen. Ein mündliches Beweisverfahren läßt sich nur dadurch rechtfertigen, daß es die einzige Möglichkeit ist, einen Gesammteindruck auf das Gewissen der Richter der Thatfrage zu vermitteln. Desgleichen hat die Oeffentlichkeit des Beweisverfahrens Sinn und Bedeutung nur als Surrogat der Entscheidungsgründe.[3] Liegt denn aber nicht der innige Zusammenhang beider Fragen mit der Beweisfrage schon darin klar zu Tage, daß beide Forderungen vernünftiger Weise eben nur für das Stadium des Beweisverfahrens aufgestellt werden können?[4]

[1] S. ebend. S. 935—939.

[2] Vgl Abegg, Beitr. zur Strafprozeß-Gesetzgebung. S. 116 f.

[3] Daß auch Vertheidiger des Geschworenengerichts dies nicht begriffen, ist ergötzlich.

[4] Jetzt ist auch Mittermaier zu dieser Ansicht übergetreten. Verh. der Germ. in Lübeck. S. 84—87. und eb. Heffter S. 133. Michelsen S. 142. 143. Jaup S. 146.

Einen nicht zu verachtenden Bundesgenossen hat diese Ansicht an der gesammten neueren deutschen Gesetzgebung, sofern diese immer weiter in der Tendenz voranschritt, das bisherige Beweissystem, wie es eben für ständige Kollegien rechtsgelehrter Richter berechnet war, um seinen wesentlichen Charakter zu bringen und es mehr und mehr zu dem herabzusetzen, was in der Form des law of evidence auch die Grundlage der Operation der Geschworenen bildet.[1] Die moderne Gesetzgebung folgte hier einem Antriebe, dem sie nicht widerstehen konnte. Es ist gewiß, daß sie nicht die Absicht hatte, damit auf das Geschworenengericht hinzuarbeiten, wie denn auch jener Antrieb lange vorher zu wirken angefangen hat, ehe man an die Jury in Deutschland nur dachte; darum bleibt es aber doch nicht minder eine ausgemachte Sache, daß in dieser ganz allmäligen Entfesselung des Beweissystems eine unwiderstehliche Annäherung an das Prinzip der Jury liegt.[2] Sonderbar genug ist es aber, die Doktrin allezeit neben her gehen zu sehen, ohne daß sie auch nur ihre eigene Mitwirkung zu diesem Erfolge gewahr wird! Der so bedeutungsvolle Antrieb, dem die neuere Gesetzgebung unbewußt folgte, ist nämlich kein anderer, als der, die Fesseln der römisch-kanonischen Ansicht über die Natur des Beweises in Strafsachen abzustreifen und zu der nationalen Ansicht zurückzukehren.[3]

Das römische Recht und im Einklang mit ihm das kanonische erkennen nämlich allerdings das Recht des freien Selbstbewußtseins nicht an.[4] Das römische deshalb, weil es aus einer Zeit stammt, für welche zwischen der Welt des Subjekts und der objektiven Welt noch kein Bruch existirte, und weil es eben deshalb noch an die Möglichkeit einer ein-

[1] S. meinen Art. Jordan rc. Jahrb. der Gegenw. 1844. H. 4. S. 322—331.

[2] S. auch Michelsen in den Verh. d. Germ. in Lübeck. S. 142. 143.

[3] Welcker S. 145 sieht darin freilich „eine Privilegirung zu Justizmorden!!"

[4] Auf diesem Standpunkt treibt sich auch der Verf. der strafr. Fragen der Gegenw. noch herum, und erklärt daher den Widerwillen, womit die germanischen Völker das romanische Beweissystem von jeher betrachteten, bloß aus ihrem Mangel an Verstand. Allein der Mangel ist hier nur auf Seiten des Verf., der seine eigene Lehre S. 49 in der Mitte hätte beherzigen sollen. Das andere Extrem findet sich in den zügellosen Uebertreibungen bei Welcker, Staatslexikon IX. S. 141, die auf gänzlichem Mißverständniß der Geschichte beruhen, — ein Umstand, der bei einem Schriftsteller nicht Wunder nehmen darf, welcher in der P.G.O. das Schwurgericht anerkannt findet!!

fachen, unvermittelten Erkenntniß im Reiche der Endlichkeit glaubte. Deswegen gilt ihm die durch Regeln geleitete Erfahrungserkenntniß noch für die ausreichende, untrügliche, die durch eine einfache Verstandesoperation sich herstellen lasse; es nimmt Zeugniß, Geständniß (als besonders glaubwürdiges Zeugniß, — soweit nämlich nicht schon mit dem stärker eindringenden Inquisitionsprinzip die Folter einriß), Urkunden, Augenschein, Anzeigen als Beweismittel von gleichem Werth an, deren Resultat keiner weiteren Vermittlung mit dem Selbstbewußtsein bedürfe, da vielmehr vermittelst richtiger Anwendung der Beweisregeln das Schlußvermögen des Richters von selbst unmittelbar auf die Wahrheit kommen werde. Was dagegen die christliche Kirche im Mittelalter betrifft, so ist nicht nur auch sonst bekannt, daß und warum sie gern ihre Institutionen auf antike Fundamente stützte, sondern es kommt noch das Dogma der Unfehlbarkeit hinzu, dem zufolge es der Kirche nicht einfallen konnte, ihre Entscheidung erst durch die Kritik des subjektiven Gewissens vermitteln zu lassen, daher sie zwar andere germanische Elemente allerdings in ihren Prozeß aufnahm, im Beweissystem sich aber wesentlich ganz an das römische Recht hielt. Das weltliche Recht des deutschen Mittelalters nun aber, aus welchem der gemeinrechtliche Prozeß — trotz aller fremden Bestandtheile, die er aufnahm — doch zunächst sich hervorbildete, hatte eine ganz andere Weltanschauung zur Grundlage. Es geht bereits von jenem Bruche zwischen der Welt des Subjekts und der objektiven Welt aus und enthält den Keim des modernen Bewußtseins von dem unendlichen Werthe der Subjektivität und ihrem Rechte. Daher genügt ihr kein objektives Beweismittel für sich mehr; es legt kein Gewicht auf die Zeugen, statt deren es die Eidhelfer hat u. s. f.[1] Diese germanische Grundidee stand nun in schneidendem Kontrast mit dem Beweissysteme, wie es der von der Kirche herübergenommene Inquisitionsprozeß mit sich brachte. Gleichwohl mußte man sich in Deutschland zur Annahme des romanischen bequemen, und die neuen Formen mit dem neuen Beweissysteme machten gelehrte, d. h. in romanischem Geiste verfahrende Gerichte nöthig. Es ist jedoch schon oben angeführt worden, daß dessenungeachtet das romanische Beweissystem nicht in seiner Reinheit aufgenommen, vielmehr in dem Satze, daß die confessio die regina probationum sei, ein Rest der altgermanischen Idee erhalten wurde. Trotz der schauderhaften Verkehrtheit,

[1] Das Nähere s. unten in Kap. 3.

die dieser Satz in seiner engen Verbindung mit dem Torturſyſtem erhielt, leitete er doch immer die nationale Anſicht fort.

Indeſſen erfolgte nun ſeit dem Ende des vorigen Jahrhunderts eine Reaktion gegen das mit der Folter verbundene Beweisſyſtem, die zu einem ganz ähnlichen Reſultate führte, wie die Reaktion, die am Ende des Mittelalters namentlich in den Städten gegen das mittelalterliche Beweisſyſtem erfolgt und in den Privilegien zu dem ſogenannten Richten auf Leumund erſichtlich war.[1] Anfangs freilich war man ſich über die ungeheuere Bedeutung der durch Abſchaffung der Folter im gemeinrechtlichen Beweisſyſtem entſtandenen Lücke keineswegs klar; auch konnte man ſich in der That einer völligen Abſchaffung der Folter nicht mit Recht berühmen, ſo lang man in den ſogenannten Ungehorſamsſtrafen und Zwangsmitteln zur Erforſchung der Wahrheit wahre Torturſurrogate und mit der ausſchließlichen oder bevorzugten Richtung auf das Geſtändniß die Anwendung geiſtiger Foltern, dazu mit der Form der Heimlichkeit und Schriftlichkeit den bequemen Deckmantel für alle ſolche Gräuel beibehielt. Während man nun theilweiſe (beſonders in Norddeutſchland) auf den jetzt verrufenen Ausweg der außerordentlichen oder Verdachtsſtrafen kam, ſo thaten mehrere Doktrinäre und (beſonders ſüddeutſche) Geſetzgebungen denſelben Schritt, den man ſchon zu Ende des Mittelalters gethan hatte, d. h. ſie ſteuerten ganz und gar dem romaniſchen Syſtem zu, das allen Beweismitteln gleiche Kraft zuſchreibt, und drangen vornämlich auf Entfeſſelung des Anzeigenbeweiſes. Dabei bedachten ſie freilich nicht, daß damit das die neuere Zeit tragende Recht des Selbſtbewußtſeins nicht befriedigt ſein könne, daß eine künſtliche Repriſtination antiker Inſtitutionen jetzt ſo wenig Beſtand zu gewinnen vermöge, als im 15. Jahrhundert, daß jenes Beweisſyſtem dem Geiſt des modernen Staatsrechts nicht entſpreche ꝛc. Indeſſen hatte ihre Halbheit doch den Vortheil, daß ſich damit, d. h. mit der Verwerfung einer poſitiven Beweistheorie, und der Rehabilitation des Anzeigenbeweiſes, wodurch die rechtsgelehrten Richter mehr und mehr in die Stellung der Geſchworenen hineingedrängt wurden, von ſelbſt der Uebergang zur Jury vorbereitete.

Fragt man aber, in wiefern die Feſthaltung an einer geſetzlichen Beweistheorie oben gleichfalls als eine Konſequenz aus dem Grundgebrechen des gemeinrechtlichen Prozeſſes bezeichnet worden ſei, ſo liegt die

[1] S. meinen Art. in der N. Jen. Lit.-Ztg. 1846. Nr. 106. 107.

Antwort bereits im Vorigen. In der Annahme des fremdrechtlichen Beweissystems lag die Verläugnung der altgermanischen Ansicht von der Nothwendigkeit der Anerkennung des Rechts des freien Bewußtseins. Zwar hat sich ein Rest dieser Ansicht in der Bevorzugung des Geständnisses forterhalten; aber, wie wenig man im Stande war, die Sache im wahren Lichte anzusehen, das zeigt schon die Unsicherheit, womit man dabei verfuhr, wie denn namentlich in dieser Beziehung die oben angeführte Abweichung der Karolina von der Bambergensis bezeichnend genug ist; noch schlagender erhellt es aber aus der engen Verbindung, in welche man jene Bevorzugung des Geständnisses mit der Folter brachte. Denn damit zeigte das gemeine Recht auf's Deutlichste, daß es den Rest von nationalem Gedanken, den es gewissermaßen instinktmäßig bewahrt hatte, selbst nicht mehr verstand. Zwar ist wenigstens in der P.G.O. noch das Bewußtsein des Widerspruchs zu erkennen, das in jener verkehrten Verbindung liegt, indem sie Beständigkeit des Geständnisses nach überstandener Folter fordert. Allein damit war die gräßliche Ironie nur verdeckt, nicht aufgehoben. Wie wenig aber auch nach Abschaffung der Folter der gemeinrechtliche Prozeß zur Anerkennung des Rechts der freien Persönlichkeit sich geneigt oder fähig fühlte, das zeigte sich darin, daß man nun, wie zu Ende des Mittelalters, in der gänzlichen Ergebung an das römischkanonische Beweissystem, d. h. an ein Beweissystem, dem eben die Anerkennung des Rechts des freien Selbstbewußtseins fehlt, den richtigen Ausweg suchen konnte.

Es ist wohl im Auge zu behalten, daß die, wenn auch modifizirte, Annahme des fremdrechtlichen Beweissystems im genauesten Zusammenhang mit der Verdrängung der volksthümlichen Gerichtsverfassung durch gelehrte Gerichte, überhaupt mit der Verwandlung des Volksrechts in Juristenrecht stand. Die Analogie der römischen Kaiserzeit trifft hier vollkommen zu. Wie diese an die Stelle der republikanischen Gerichte eine juristische Beamtenhierarchie setzte, und letztere die Trägerin des die bürgerliche Freiheit unterdrückenden absolutmonarchischen Geistes wurde, so geschah es seit dem **15ten** Jahrhundert auch in Deutschland. Ein Recht, das die freie Persönlichkeit des Bürgers nicht mehr als wesentliches Moment bei der Organisation des Strafverfahrens anerkennt, fühlt natürlicher Weise auch keinen Drang mehr, seine Wurzel im Volke zu suchen, volksthümliche Elemente in die Gerichte aufzunehmen, und die Aussprüche seiner Organe erst noch durch die Kritik des subjektiven Gewissens vermitteln

zu lassen. Es war daher auch nicht anders zu erwarten, als daß die hauptsächlichste Antipathie der Mehrzahl unserer Juristen sich gerade gegen das Geschworenengericht kehren würde. Mündlichkeit, Oeffentlichkeit, Einführung eines neuen rechtsgelehrten Beamten, des Staatsanwalts, selbst eine Reduktion des Beweissystems auf sog. Beweisminima, — das Alles wollten sie sich zur Noth noch gefallen lassen, sie wollten sich sogar bequemen, selbst zur Noth die Rolle der Geschworenen zu übernehmen.[1] Am empfindlichsten fällt ihnen nur, daß sie aus dem Alleinbesitze der Rechtspflege verdrängt werden, daß sie sich die Theilnahme juristischer Laien gefallen lassen sollen.

Die Nothwendigkeit des volksthümlichen Elements im peinlichen Gerichte ist oben aus dem Begriffe des Richtens nachgewiesen und gezeigt worden, warum und in welcher Weise dieses Element im Strafprozesse eine andere Stellung haben müsse, als im bürgerlichen. Geht man in das Wesen des Beweises in Strafsachen ein, so erhält das Ausgeführte seine vollkommenste Rechtfertigung aus dem Gesetze des Organismus. Ist es nämlich nothwendig, daß das Urtheil über die Thatfrage aus einem durch Anschauung gewonnenen Gesammteindrucke auf das Gewissen hervorgehe, so ist klar, daß diese Seite der richterlichen Thätigkeit nicht demselben Organe zukommen kann, welchem ohne Zweifel theils die Leitung des Beweisverfahrens, theils die Entscheidung der Rechtsfrage zusteht. Es handelt sich hier also gar nicht zunächst darum, ob die rechtsgelehrten Richter tauglicher oder untauglicher zu jenem Geschäft seien,[2] als andere Leute. Es handelt sich vorerst nur einfach um die Erfüllung des Gesetzes des Organismus. Daß aber dieses für jenes Geschäft ein eigenthümliches Organ verlange, erhellt noch deutlicher, wenn man aus der Betrachtung der Natur der Sache die Ueberzeugung gewinnt, daß der Gewissensausspruch über die aus der That sprechende Schuld als Gegenstück zu dem Geständnisse des Angeklagten aufgefaßt und mit diesem koordinirt werden muß (ohne daß man ihn gleichwohl mit Rintel bloß als

[1] S. den Bair. Entwurf von 1830 und den Komm.ber. v. Ruthart's. Vgl. meinen Art. Jahrb. der Gegenw. 1845. H. IX. S. 800—803. Trefurt in Duttlinger's Arch. IV. St. 2. S. dagegen Welcker, Staatsler. IX. S. 135. 136 Note.

[2] Damit fällt all das seichte Gerede über die intellektuelle Würdigkeit der rechtsgelehrten Richter zu Boden. Sie wird nicht geläugnet; nur dahin gewiesen, wohin sie gehört.

Beweismittel anzusehen hätte, da er vielmehr die Natur eines wirklichen Urtheils hat). Weiterhin ergiebt sich aber allerdings aus dem Begriffe des Richtens überhaupt, daß jenes anderweitige Organ, welches zu den rechtsgelehrten Beamten hinzutreten muß, aus dem Volke hervorgehen müsse.[1] Die Rechtspflege hat die Aufgabe, das abstrakte Gesetz an den stets in unendlicher Mannigfaltigkeit sich wiederholenden und drängenden einzelnen Interessen und Handlungen der Menschen durchzuführen. Sie hat die für sich todte Norm des Gesetzes in jedem kleinsten Falle ihrer Anwendung lebendig zu machen, das Heiligthum des Rechts in alle tausend besondere Bedürfnisse, Verhältnisse, Vorfälle mitten hinein zu tragen und die einzelsten Akte des menschlichen Willens mit seinen Forderungen in Uebereinstimmung zu bringen.[2] Sie vermittelt also erst die Bestimmung des Rechts, das allgemeine Wohl zu sein, indem sie es an den singulärsten menschlichen Verhältnissen als solches verwirklicht und den Einzelnen zum Bewußtsein bringt. Dies kann nun aber nicht in voller Bedeutung geschehen, wenn die Thätigkeit der Rechtspflege als ein Fremdes, Aeußerliches, nur als eine zwingende Autorität, als ein eisernes Schicksal an die Einzelnen kommt, wenn sie nicht das Bestreben zeigt, von ihrem Selbstbewußtsein ergriffen und begriffen zu werden. Soll der Wille des Gesetzes, der zunächst abstrakte Ausspruch des Volksgeistes, in seiner Anwendung wirklich konkreter, lebendiger Wille der einzelnen Volksangehörigen werden, so muß auch dafür gesorgt sein, daß er sich in ihrem Bewußtsein reflektiren, daß er von ihnen als ihr eigenstes Wohl empfunden und verstanden werden könne. Dies wird aber nie geschehen, wenn die Rechtspflege die Natur eines heimlichen Vorgangs hat und ihre Funktionäre einzig und allein der besonderen Kaste der Rechtsgelehrten angehören. Warum will man denn auch die sonst so viel belobten Vortheile der Arbeitstheilung der Rechtspflege allein vorenthalten? Gehört doch zum Richten wesentlich zweierlei: das Verständniß des Gesetzes, und das Verständniß der unendlich mannigfaltigen Lebensverhältnisse, auf welche

[1] Das volksthümliche Element im bürgerlichen Prozesse soll jedoch keine Jury sein. Die Gegner der Betheiligung des Volks an der Rechtspflege nehmen sich freilich nicht die Mühe, die einfachsten Unterscheidungen zu machen.

[2] Dies bezieht sich nun vornämlich auf den bürgerlichen Prozeß. Die Wendung, die Biener Abh. 2. S. 109. 110. dem volksthümlichen Element giebt, haben wir nicht zu vertreten. Eben so wenig die Uebertreibungen bei Leue, Schöffenger. S. 76—86.

das Gesetz angewendet werden soll. So gewiß nun behufs des ersteren ein besonderes Studium erforderlich ist, das für sich eine Lebensaufgabe ausmacht, so wenig ist doch einzusehen, wie eben aus diesem besondern Studium eine besondere Befähigung zu jenem andern Verständnisse fließen soll? Im Gegentheile ist es doch wohl viel naturgemäßer, anzunehmen, daß gerade, je ernstlicher und gründlicher das Studium jener besondern Wissenschaft sein wird, um so weniger von dem Rechtsgelehrten jene Vertrautheit und Gewandtheit in der ganzen Sphäre des menschlichen Thuns und Treibens erwartet und gefordert werden könne. Einen grelleren Widerspruch giebt es aber nicht, als wenn dieselben, welche die Volksvertretung bei Ausübung der gesetzgebenden Gewalt zugeben,[1] ihre Nothwendigkeit im Gebiete der Rechtspflege läugnen. Denn nicht bloß eine Analogie findet zwischen beiden Gebieten statt, sondern ein Zusammenhang der strengsten Konsequenz. In beiden Gebieten ist die Frage: ob es genüge, daß für das Volk etwas geschehe, oder ob es auch durch das Volk geschehen müsse? Derselbe allgemeine Rechtsgeist, der im gesetzgebenden Körper seine allgemeinen Normen setzen soll, ist mittelst der Rechtspflege in das konkreteste Leben der einzelnen Volksangehörigen umgesetzt zu werden bestimmt. Sicherlich hat auch hier wieder die öffentliche Meinung einen viel richtigeren Instinkt gezeigt, als die Fachgelehrtheit.

Uebrigens trauten doch in letzter Zeit wenigstens nicht alle Gegner des Geschworenengerichts mehr ganz ihrem Standpunkte. So z. B. gestand Mittermaier, und zwar aus eigener Erfahrung, daß in vielen Straffällen über die Thatsachen der Anschuldigung Nichtjuristen ebensogut, als rechtsgelehrte Richter, urtheilen könnten. Er räumte ein, daß die Entscheidungsgründe gelehrter Richter in Fällen von Anzeigenbeweis sehr häufig geeignet seien,[2] den Eindruck der Unangemessenheit und die Einsicht hervorzubringen, daß doch nur nach dem Totaleindruck geurtheilt worden sei. Er gab mit Biener[3] zu, daß gewisse Fragen von Geschworenen sogar besser, als von rechtsgelehrten Richtern, entschieden werden können (z. B. über Zurechenbarkeit). Er gestand, daß rechtsgelehrte Richter leicht geneigt seien, statt in die Individualität des Falls

[1] Z. B. Möhl, Geschworenenger. S. 138 f. S. dagegen Schletter, rheinische Gerichtsverfassung. S. 67—69. Wie sich die natürliche Konsequenz bei Trefurt geltend machte, zeigt Welcker, Staatsler. IX. S. 138. 139 Note.

[2] S. auch Roßhirt über den Geist des deutsch. Strafverf. S. 19.

[3] S. jetzt Abh. 2. S. 105—115.

sich zu versenken, nach hergebrachten abstrakten Kategorieen, Kollegialansichten zu urtheilen. Was er gegen das Geschworenengericht vorbrachte, war nur noch von geringem Werthe. In der Mehrzahl der Fälle, meinte er, sei die Würdigung der Schuld sehr schwierig, und die gründliche Abwägung der Beweise erfordere neben der Kenntniß der Lebensverhältnisse und der menschlichen Handlungsweise noch eine Fülle von Erfahrungen über die Gefahren gewisser Beweise, logischen Geist, Uebung in der Kritik.[1] Allein einmal liegt ja gerade darin, daß er Kenntniß der Lebensverhältnisse und der menschlichen Handlungsweise verlangt, die Forderung eines andern Elements, als des juristischen, und zweitens ist es gänzlich willkürlich und sonderbar, wenn die Juristen sich eine besondere Befähigung zur Anwendung der allgemeinen Regeln aller Erfahrungserkenntniß zuschreiben, worauf doch jede vernünftige Beweistheorie hinausläuft.[2] Haben aber hierin die Juristen vor andern Menschenkindern von gesundem Verstande mindestens nichts Voraus, so kann dies auch nicht von der materiellen Entscheidung über die Schuldfrage gesagt werden. M. beruft sich auf französische Schriftsteller, welche Spezialjuries empfehlen, da hierin das Bewußtsein liege, daß wenigstens bei gewissen Verbrechen die gewöhnliche Jury die zur Entscheidung nothwendigen Eigenschaften nicht besitze. Allein ganz mit Unrecht. Denn jene Empfehlung hat nicht den Grund, daß bei gewissen Verbrechen Geschworene überhaupt für unfähig zur Entscheidung gehalten würden, sondern es handelt sich von bestimmten Verbrechen, deren Beurtheilung besondere technische Kenntnisse und Erfahrungen voraussetzt. Der betreffende Grund geht aber ebensowohl gegen rechtsgelehrte Richter, sofern bei diesen jene speziellen Kenntnisse ebensowenig vorauszusetzen sind. Sollte

[1] S. übrigens auch das gegentheilige Geständniß bei Dernburg S. 63. und eb. S. 75—79. 99. 100, ebenso der franz. Assisenrichter in den Verh. der Germ. in Lübeck S. 80.

[2] Das ist eben die abgeschmackte Weise der Gegner, daß sie über ein Attentat gegen die Würde der Rechtswissenschaft schreien, wo es sich vielmehr davon handelt, die wirklich juristischen Funktionen durch Absonderung von andern, die es nicht sind, reiner, und darum würdiger hervortreten zu lassen. In der Forderung der Jury liegt daher auch keine Unfähigkeitserklärung gegen die Juristen, wie man vorgiebt, folglich auch keine Inkonsequenz, wenn ihnen ein Nachprüfungsrecht eingeräumt wird. Die Frage wird von vorn herein verwirrt, wenn man sich stellt, als handelte es sich davon, die Justiz im Ganzen an Laien zu geben. Vgl. z. B. Möhl S. 94 — 137.

man etwa meinen, Geschworene wären zur Auffassung einzelner Thatbestände minder geschickt, als die Juristen, so würde man damit nur die Strafgesetzbücher als schlecht anklagen, da es nicht schwer ist, den Thatbestand jedes wirklichen Verbrechens so zu bestimmen,[1] daß jeder Gebildete daraus klug werden kann. Abgesehen aber von solchen Verbrechen, wobei es sich von der Bestellung einer Spezialjury handeln könnte, ist lediglich nicht einzusehen, warum zur Entscheidung der Schuldfrage an und für sich Juristen geschickter sein sollten, als andere gebildete Menschen. Es kommt nur darauf an zu zeigen,[2] daß die ganze Schuldlehre in ihrer Gliederung bis auf's Einzelnste hinaus auf allgemein verständlichen Begriffen beruht, die nur in den neueren Gesetzbüchern nicht klar aufgefaßt und nicht folgerichtig durchgeführt sind.

Das allerdings muß man einräumen, daß unsere modernen Strafgesetzbücher nicht eben sehr tauglich für eine Theilnahme des Volks an der Rechtspflege abgefaßt sind. Allein dies kommt nur davon her, daß bei der Abfassung dieser Gesetzbücher das juristisch-doktrinäre Element ein ungebührliches Uebergewicht gehabt hat. Ohne Zweifel werden unsere Strafgesetzgebungen, insbesondere in dem sogenannten allgemeinen Theile, wo sie meist als paragraphirte Auszüge aus den gangbaren Lehrbüchern erscheinen, in eine andere, als die Schulsprache, übersetzt werden müssen. Allein das wäre[3] ganz und gar kein Nachtheil für die Sache selbst, die im Gegentheil nur gewinnen könnte, wenn sich auch in der Schule wieder einfachere, an den Bedürfnissen des Lebens abgeschliffene, den psychologischen Gesetzen angemessenere Begriffe verbreiteten, und so viele Haarspaltereien als unnütz hinweggeworfen würden, mit denen man sich jetzt oft noch Wunder wie viel weiß. Gerade die Schuldlehre, von der Mittermaier seinen Einwurf hernimmt, ist hier ganz besonders in's Auge zu fassen. So wie sie bis jetzt behandelt wurde, muß es

[1] Darin mag sich dann die juristische Kunst zeigen! Hic est Rhodus.

[2] S. meine Neue Revision der Grundbegriffe des Strafrechts. Vgl. Baumeister in den Verh. der Germ. in Lübeck S. 151.

[3] S. das Gutachten der preuß. Immediat-Justizkommission v. 1819 und Leue, Schöffenger. S. 34—38. Jaup in den Verh. der Germ. in Lübeck S. 95—99. Die Einwendungen bei v. Steman S. 295 stehen nicht entgegen, da sie eben vom Bestehenden nicht zu abstrahiren vermögen. Seine Ausführung S. 273—295. 304—323. aber widerlegt größtentheils sich selbst, da sie (nach Feuerbach) die Jury meist nur in solchen Punkten der Unfähigkeit bezüchtigt, in welchen es auch die juristischen Richter mit oder ohne Schuld sind.

Jedem, der mit philosophischem und praktischem Interesse an ihr Studium geht, auffallen, daß ihre Prinziplosigkeit in genauem Zusammenhange mit ihrer Unnatürlichkeit steht. Bedenkt man nun, daß diese Materie gar keine spezifisch juristische ist, vielmehr ihre Grundbegriffe mit der Moral und der Psychologie gemein hat, daher zu ihrem Verständnisse gar kein besonderes juristisches Studium erforderlich ist, so wird man finden, daß die Jurisprudenz auch hier sich ein Monopol zuschreibt, das ihr nicht zugestanden werden kann. Freilich hat sie eben durch die künstliche Verwicklung, in welche sie die einfachsten Begriffe zu bringen gewußt hat, für die Unantastbarkeit dieses Monopols bisher bestens gesorgt, da allerdings die im Schwange gehenden Erfindungen eines überflüssigen Scharfsinns erst gelernt sein wollen. Allein gerade an diesen wäre nichts verloren, wenn wir sie los würden.[1] Das ganze Kapitel von der Zurechnung beruht auf den einfachsten Begriffen, die jeder Gebildete sich leicht entwickeln kann, wenn er nur überhaupt schon über moralische und psychologische Fragen nachgedacht hat.[2] Nun ist aber in's Auge zu fassen, daß von allem Material, welches den allgemeinen Theil des Strafrechts ausmacht, eben nur die Lehre von der Zurechnung den Geschworenen geläufig sein müßte. Wer ferner den strengen inneren Zusammenhang der Schuldlehre kennt (die freilich in den Lehrbüchern häufig als ein Aggregat willkührlich zusammengewürfelter Bestimmungen erscheint), der wird vollends nicht begreifen, warum die Geschworenen zur Entscheidung über die subjektive Zurechnungsfähigkeit so besonders geschickt, dagegen zur Entscheidung über die objektive Zurechenbarkeit der Handlungen und die Grade der Schuld, was doch eben nur die einfache Frage über die Kausalverbindung zwischen Willen und That ist, ungeschickt sein sollen. Nicht der gesunde Menschenverstand ist in der Zurechnungsfrage zu fürchten, sondern der verkünstelte Schulverstand, der das warmblütige Leben auf der anatomischen Tafel seiner Definitionen und Eintheilungen in Stücke schneidet. Unter Voraussetzung einer Reform der Strafgesetzgebung ist daher die trivialge-

[1] S. das angef. Gutachten S. 159—162.

[2] Die Jury ist eine Volksvertretung, welche noch eine sorgfältigere Wahl fordert, als der gesetzgebende Körper. Vgl. Treilhard bei Locré XXVI. p. 56. Damit sind alle Einwürfe abgewiesen, die bloß eine unvernünftige Auswahl der Personen treffen. Vgl. Dernburg, Werth der Schwurgerichte. S. 11. 48 f. Leue, Schöffenger. S. 12—14.

wordene Einwendung, daß dem juristischen Laien mit der Funktion eines Geschworenen intellektuell zu viel zugemuthet werde, gänzlich abzuweisen. Donnez aux gens un intérêt à s'instruire; l'instruction viendra vite, et si c'est la nation tout entière qui a cet intérêt, la nation tout entière s'instruira.[1]

Den gleichfalls trivial gewordenen Einwand, daß eine abstrakte Sonderung der That- und Rechtsfrage verkehrt sei, hat Mittermaier mit Recht fallen lassen, indem er sagt, bei genauerer Prüfung ergebe sich, daß die behauptete Gefahr keine wirkliche, daß vielmehr theils die Klagen über die große Zahl der Lossprechungen durch Geschworene nicht gegründet, theils die Fälle irrthümlicher Verurtheilungen durch dieselben sehr selten seien.[2] Dagegen glaubt er noch zwei Punkte als besonders bedenklich hervorheben zu müssen. Einmal nämlich kann er nicht davon loskommen, daß die intime conviction, worauf die Geschworenen angewiesen werden, etwas gar zu Unbestimmtes und Unklares, der sogenannte Wahrheitsinstinkt etwas so Vages sei, daß man vor dem Einfluß zittern müsse, welcher dieser unbegreiflichen Kraft gegeben werden solle.[3] Indessen existirt die vorgeworfene Unbestimmtheit und Unklarheit doch wohl nur bei denen, welche den Sinn dieses Beweissystems nicht richtig auffassen. Aus der obigen genaueren Erörterung desselben dürfte klar genug hervorgehen, daß unsere Doktrinäre vor der intime conviction ganz ohne Noth zittern. Ferner macht er den Geschworenen einen besondern Vorwurf aus der Art und Weise, wie sie sich bei einem unlösbaren Widerspruche zwischen den bestehenden Strafgesetzen und der Rechtsüberzeugung der Zeit aus der Verlegenheit zu ziehen pflegen.[4] Allein mit Unrecht, da er selbst zugiebt, daß in dem der Jury nachgerühmten Vortheil, die aequitas mit dem strengen Rechte zu versöhnen,[5] keine spezifische Eigenthümlichkeit des Geschworeninstituts liege. Beiderlei Thätigkeiten sind anomale, gefährliche, wenn auch durch die Noth gerechtfertigte.[6] Haben sie aber nachtheilige Folgen, so sind

[1] E. Laboulaye, Essai sur les lois crim. des Romains.

[2] S. die Verh. der Germ. in Lübeck. S. 74—83.

[3] So auch noch in den Verh. der Germ. in Lübeck. S. 72.

[4] Am weitesten treibt es mit der Omnipotenz der Jury Leue, Schöffengericht. S. dagegen Biener, Abh. 2. S. 120—122.

[5] Vgl. Golbery in der Zeitschr. für ausl. Rechtswissensch. III. S. 284—306. v. Steman S. 299—303.

[6] Gar zu leicht akkomodirt sich neuestens Mittermaier, Verh. d. Germ. in Lübeck.

diese nicht der Rechtspflege, sondern der gesetzgebenden Gewalt zur Last zu legen. Was aber die Hauptsache ist, das ist der Umstand, daß in solcher Lage die rechtsgelehrten Gerichte um nichts besser daran sind, als Geschworene.[1] Es ist jedoch überdies mit Fug anzunehmen, daß die Vermittlung solcher beklagenswerthen Widersprüche durch das beweglichere Moment der unmittelbar die herrschende Rechtsüberzeugung aussprechenden Jury immerhin um Vieles vortheilhafter ist, als durch das zähe Element rechtsgelehrter Richterkollegien, deren Tendenz in solchen Fällen vor Allem dahin geht, so lang als möglich den Schein zu retten.

Der Hauptfehler, der den meisten Gegnern der Jury gemeinsam ist, besteht aber darin, daß sie überhaupt gar nicht aus der Natur der Sache selbst argumentiren, sondern immer nur ihre Erscheinung im englischen oder französischen Rechte vorschieben. Das englische Recht wird dann gebraucht, um uns zu beweisen, daß bei uns gar nicht die geschichtlichen Voraussetzungen vorhanden seien, aus denen die englische Jury hervorgewachsen sei und noch fortwährend ihre Nahrung ziehe.[2] Ohne Zweifel hat der englische Strafprozeß auch manches Eigenthümliche, was nur aus historischen Gründen zu erklären ist; und unter diesem Eigenthümlichen findet sich Manches, was sich zur Nachahmung durchaus nicht empfiehlt. Aber es beweist doch eine schwache Unterscheidungskraft, wenn man eben dieses Zufälligpositive von dem aus der Idee des Instituts mit innerer Nothwendigkeit Fließenden zu sondern sich nicht getraut. Der unschätzbare Werth des englischen Rechts in diesem Gebiete liegt jedoch gerade nicht in den geschichtlichen Schnörkeln, womit es verbrämt ist, sondern darin, daß eben die hauptsächlichen Momente des Wesens der Sache in ihm allmälig fixirt worden sind. Das wäre freilich schlimm, wenn wir die Jury nicht anders bekommen könnten, als auf diese Weise, wie sie im Mittelalter in England entstand. Aber wer wird denn auch dies für nöthig halten? Sodann hat

S. 90. 91 f. Auch Heffter eb. S. 111—113. Dagegen Bläme eb. S. 139. Jaup S. 145.

[1] Das vergißt man, wenn man über die omnipotence du jury sich ereifert. Man denke doch aber an die Geschichte des deutschen Strafrechts seit 3 Jahrhunderten! S. Wächter, gemeines Recht Deutschlands S. 110—143 und das Lob Meisters bei Malblank, Gesch. der P.G.O. S. 249.

[2] S. meinen Art. in den Jahrb. der Gegenw. 1845. H. IX. S. 756—760. H. X. S. 896—903. 943—948.

die englische Jury allerdings dieselbe aristokratische Färbung, wie die ganze englische Staatsverfassung. Allein diese hängt gerade nicht nothwendig mit ihrem Wesen zusammen. Vielmehr, was sie nothwendig macht, das haben oder erstreben auch wir, nämlich einen Staat, der seine Bürger als Selbstzweck erkennt und ihre Freiheit als wesentliche Potenz in sich enthält. Aus diesem Grunde hat man bei der Neugestaltung des französischen Staats an der Nothwendigkeit der Einführung der Jury nicht gezweifelt; und aus demselben Grund muß man jetzt auch in Deutschland dazu greifen. Theilweise noch schlimmer ist der Mißbrauch, der vielfältig mit dem französischen Rechte getrieben, und großentheils von den Freunden der Jury selbst verschuldet worden ist, sofern sie gleichfalls, statt auf die Natur der Sache einzugehen, eben nur die französische Einrichtung anpriesen und ihre Annahme empfahlen. Auch hatten die Gegner hier um so leichteres Spiel, je mehr in Frankreich unter dem Kaiserreiche und später der wesentliche Charakter des Instituts verfälscht worden ist. Diese Taktik der Gegner wird aber am einfachsten und sichersten dadurch aus dem Felde geschlagen, daß man die Natur der Sache in den Vorgrund stellt und zeigt, wie jene Angriffe eben nur deren verfälschte Erscheinung im französischen Rechte, keineswegs aber sie selbst treffen. Traurig genug, daß die Lust und Fähigkeit zum Eingehen auf die Natur der Sache bei der Mehrzahl unserer Juristen so gering ist, ja daß dieses Geschäft, welches der Umschwung aller Dinge jetzt gerade als das Nothwendigste und Unumgänglichste erscheinen läßt, bei ihnen stets im übelsten Geruche stand.

10) Die Prinziplosigkeit der Doktrin.

Ist es nun gelungen, im Bisherigen die wirklichen Gebrechen des gemeinrechtlichen Strafprozesses herauszuheben und systematisch zu begründen, so ist zugleich eben damit auch der Hauptirrthum der bestehenden Rechtswissenschaft in's Licht gesetzt worden. Derselbe besteht darin, daß sie solang als möglich nichts mehr verschmäht hat, als die Sache systematisch anzufassen, d. h. die Idee sich klar zu machen und organisch zu entwickeln. Daraus folgte von selbst, daß sie entweder bei dem bestehenden positiven Rechte sich begnügen mußte, oder, wo sie ihm entgegentrat, sich theils nur auf einzelne Blößen desselben werfen konnte, theils mit ihren Angriffen in ganz falsche Richtungen hineinkam.

Ueberblickt man die Literatur seit etwa **20** Jahren, [1] so ist das Ergebniß ein sehr trauriges. Zwar sieht man die Zahl derjenigen, welche Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Verfahrens verlangen, in stetem Wachsen begriffen. Aber noch immer finden sich nicht Wenige, die beides trennen zu können glauben, daher sich mit der bloßen, etwa auch noch auf die Spiegelfechterei einer Schlußverhandlung beschränkten, Mündlichkeit begnügen. Solche ferner, welche die Oeffentlichkeit zulassen, sind großentheils weit entfernt, darin eine aus der Idee des Strafprozesses selbst hervorgehende Forderung zu sehen, und nehmen daher auch keinen Anstand, das Gnadengeschenk, das sie zu geben meinen, auf allen Seiten zu beschneiden. Die größte Unklarheit herrscht über die Anklageform und das Untersuchungsprinzip. Das Institut der Staatsanwaltschaft übrigens bricht sich immer mehr Bahn, wenn es auch theils bei solchen, die darin einen neuen Fallstrick für die bürgerliche Freiheit wittern, theils bei solchen, die den Kostenpunkt bedenklich finden, theils bei solchen, welche allerlei Kollisionen zwischen dem Staatsanwalt und dem Untersuchungsrichter fürchten, seine Gegner findet. Es ist klar, daß diese Bedenken, eben wie der Widerstreit der Meinungen über den Umfang der Wirksamkeit des Instituts, sich legen würden, sobald man dasselbe nicht bloß als ein empirisch im französischen Rechte Gegebenes, sondern als ein nothwendiges Moment im Organismus des Strafprozesses anzusehen sich gewöhnen wollte, womit dann die Schranken seiner, in Frankreich allerdings über die Gebühr ausgedehnten, Wirksamkeit von selbst gegeben wären. Endlich findet man zwar auch die Zahl der Vertheidiger des Geschworenengerichts im Steigen begriffen. Nur leider zeigen sie häufig keinen bestimmten, in's Konkrete durchgeführten Begriff davon. Weit mehrere aber erklären sich dagegen, entweder aus Haß gegen alle fremden Einrichtungen, oder aus Furcht vor der Anwendung bei politischen Verbrechen, oder aus dem Glauben, daß die

[1] Einen eigenen Kontrast dazu bildet die Bekehrung vor Thorschluß, wie sie sich in den Verh. der Germanisten zu Lübeck findet. Nach den Komissionsberichten zu schließen, hat hiebei Leue (Schöffengericht) ein besonderes Verdienst, um so absonderlicher, je mannigfacher die Blößen sind, die gerade seine Vertheidigung der Jury vorzugsweise darbietet. Uebrigens kann man den von Mittermaier S. 152—165 beschriebenen „chemischen Prozeß“ um so mehr mit Freude ansehen, wenn man ihn schon vor Jahren prophezeit hat. S. meine Recension über ihn in den Jahrb. der Gegenw. 1845.

Würdigung der Beweise nur eine Sache juristischer Kenntnisse sei, oder weil sie einzelne Fälle herausheben, in welchen die Geschworenen auffallende, insbesondere für die bürgerliche Sicherheit gefährliche, lossprechende Urtheile gefällt haben sollen u. s. f. Unter den Vertheidigern der Jury heben die Meisten nur die politische Bedeutung derselben hervor, während nur wenige sie als rechtliches Institut an sich selbst, als das beste Mittel, in Straffällen zu einem gerechten Urtheil zu kommen, in Erwägung ziehen. Manche giebt es auch, die zwar an und für sich für Geschworenengerichte stimmen, allein aus verschiedenen Gründen ihre Einführung noch verschoben wissen wollen. Der größte Widerstreit der Meinungen findet sich natürlich unter denen, welche irgendwie mit einem Transaktionssystem sich begnügen. Die einen glauben die bisherige Gerichtsverfassung, Beweistheorie, Entscheidungsgründe und Rechtsmittel in Beziehung auf Thatfragen beibehalten zu können, was in so fern theoretisch konsequent ist, als dem juristischen Elemente hiemit keine Anmuthung gemacht wird, die seiner innersten Natur widerstrebte. Allein der innere Widerspruch, der jedem Transaktionssystem als einem Anorganischen zu Grunde liegt, muß sich alsbald hervorstellen, sobald man sich die praktische Wirksamkeit einer solchen Institution klar zu machen sucht. Nur eine natürliche Folge hievon ist es, wenn man immermehr die Meinung sich verbreiten sieht, daß mit dem öffentlich mündlichen Verfahren die Angabe von Entscheidungsgründen und Rechtsmittel mit Verhandlung des Falls in zweiter Instanz nicht verträglich seien. Daß es hiefür eines Ersatzes bedarf, verbirgt man sich nicht, und greift daher nach allerlei Palliatiomitteln. So glauben die einen eine Garantie in stärkerer Besetzung der Richterkollegien, Ausdehnung des Rekusationsrechts des Angeschuldigten, und in der Forderung einer größeren Stimmenmehrheit, beziehungsweise Einhelligkeit behufs der Verurtheilung zu finden. Andere wollen die Entscheidungsgründe und die Rechtsmittel retten, geben aber dafür — unbesonnen genug — die Beweistheorie preis, welche doch das Fundament für beides ist. Wieder Andere sehen diesen Widerspruch ein und werfen die Entscheidungsgründe und Rechtsmittel mit sammt der Beweistheorie weg, was jedenfalls mehr praktischen Takt beweist, freilich aber so viel heißt, als der Jury das Thor öffnen, — anderer, geringerer Meinungsschattirungen nicht zu gedenken.

Dieser trostlosen Schaustellung ihrer Blöße wäre unsere Rechtswissenschaft, die sich noch kürzlich ihre Werthlosigkeit ausdrücklich mußte

vorwerfen lassen, entgangen, wenn sie es nicht seit längerer Zeit grundsätzlich unterlassen hätte, sich philosophisch zu verjüngen. Jetzt fallen ihr die positiven Krücken, an denen sie einher geschlendert ist, zerbrochen vor die Füße, und sie muß sehen, wie der Instinkt des nationalen Rechtsgeistes sie verläugnet und ihre Unfruchtbarkeit verhöhnt.

Zu Anfang dieses Kapitels ist beispielshalber einer der hauptsächlichsten Irrwege, auf denen theilweise unsere ausgezeichnetsten Prozessualisten von der einfachen Straße der Wahrheit abgekommen sind, genauer verfolgt worden. Es ließen sich diesem Beispiele noch viele ähnliche zur Seite stellen. Indessen bescheiden wir uns, schließlich nur noch auf einige charakteristischen Merkmale des unwissenschaftlichen, d. h. nicht durch das Bewußtsein der Idee getragenen Verfahrens unserer herkömmlichen Rechtswissenschaft aufmerksam zu machen.

Dahin gehört vor allem eben dies, daß sie überhaupt zu eklektischen Transaktionsversuchen sich verstehen und die auf's engste zusammengehörigen Forderungen einer vom Grund ausgehenden Reform des Strafverfahrens trennen zu können glauben konnte. Man mag hier ein Beispiel davon finden, wie die Verachtung der Philosophie sich an ihrem Verächter immer auch dadurch rächt, daß sie ihm den geschichtlichen Blick trübt, daß sie ihn gerade auf dem Boden, auf dem er doppelt festzustehen meint, straucheln und fallen macht. So hat z. B. weder Biener,[1] nach Wächter[2] der Geschichte die rechte Lehre abzugewinnen gewußt. Beide haben zwar die richtige Einsicht, daß es sich keineswegs von Preisgebung des Untersuchungsprinzips, sondern jedenfalls nur von der Aufnahme der akkusatorischen Form handeln könne.

Aber gerade in der Hauptsache, der Beweisfrage, läßt sich Wächter[3] durch die Geschichte völlig in die Irre führen. Er meint, das Geschworenengericht sei zwar aus germanischer Wurzel, aber nur durch eine gänzliche Umbildung germanischer Institute hervorgegangen. Der Grund dafür kann nur darin liegen, daß er das aus dem fremden Rechte aufgenommene Beweissystem für das dem germanischen Geiste wahrhaft angemessene hält, von welchem das der P.G.O. und der folgenden Doktrin und Praxis nur eine widersinnige Abweichung gebildet habe,

[1] Zeitschr. für gesch. Rechtswissenschaft. XII.
[2] Beitr. zur deutsch. Gesch. Abh. 3.
[3] Vgl. dens. in den Verh. der Germanisten zu Lübeck S. 118 f.

so daß jetzt bloß nöthig sei, von dieser Ausbeugung zu dem reinen fremdrechtlichen Beweissysteme wieder zurückzukehren und daneben die eben um jener verkehrten Richtung willen verdrängten Formen der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit wieder aufzunehmen. In der That nimmt er auch eine stetige Fortentwicklung von dem altgermanischen zu dem aus dem fremden Rechte entnommenen Beweissysteme an, so daß jenes nur als eine unreife Vorstufe von diesem erscheint, dem es ohne Sprung im Prinzip Platz gemacht haben soll. Im Mittelalter, meint er, habe man sich bei der Ueberzeugung von der Unangemessenheit des altgermanischen Beweissystems zu der fortgeschrittenen Kultur auf einem Scheidewege befunden. In den nordischen Reichen und in England sei nun an die Stelle des alten Beweissystems das Geschworenengericht getreten; in Deutschland dagegen habe man einen andern Weg eingeschlagen. Er spricht nun von den Privilegien, welche sich namentlich die Städte geben ließen, nach Geständniß, Zeugenaussagen und Indizien zu verurtheilen, und meint, damit sei man auf dem besten Wege gewesen, da den Gerichten das Recht eingeräumt gewesen sei, wenigstens bei gewissen Angeschuldigten bloß nach ihrer durch das ganze Resultat des öffentlich mündlichen Verfahrens gebildeten Ueberzeugung über Schuld und Unschuld zu richten. Leider sei aber durch die Schuld der verkehrten Doktrin das Torturſystem eingeführt und hiemit der fast schon gewonnene richtige Weg für die Dauer von Jahrhunderten wieder verlassen worden. Die Endmeinung ist dann, daß man jetzt (wie die bad. Strafproz.Ordn.) da wieder anknüpfen solle, wo man am Ende des Mittelalters stehen geblieben sei, d. h. den rechtsgelehrten Richtern überlassen, ohne positiv-bindende Beweistheorie nach ihrer Ueberzeugung zu urtheilen.

Hiebei ist nun aber von vorn herein der wesentliche Unterschied zwischen der Grundanschauung der antiken und der germanischen Welt ganz übersehen, obwohl es fast unbegreiflich bleibt, wie man ihn übersehen kann, wenn man auch nur das Eine bedenkt, daß das germanische Recht anstatt der Zeugen seine Eidhelfer hat. Anstatt auf das Wesentliche, die Natur der Beweismittel, einzugehen, macht sich W. mit einem Nebenpunkte, der Vertheilung der Beweislast, zu thun und lenkt somit von vornherein in eine falsche Fährte ein. Da er übrigens immerhin wenigstens die Eigenthümlichkeit der Eidhelfer und des Gottesurtheils anerkennt, so ist schwer zu begreifen, wie er glauben kann, ein Beweissystem von so subjektiver Natur habe dem romanischen, als dem vollkommeneren,

Platz machen können, da doch letzterem das Prinzip ganz fehlt, welches die innerste Natur des ersteren ausmacht. Zwar giebt er nun den Grund richtig an, warum man am Ende des Mittelalters in Deutschland dazu kam, das bisherige Beweissystem zu verlassen. Hier, wie in England, lag er in der Einsicht, daß es mit der fortgeschrittenen Bildung unverträglich sei. Allein die Hauptsache, — die Frage, warum man in Deutschland (wie in Frankreich) dazu kam, sich dem fremden Rechte in die Arme zu werfen, während man in England auf der nationalen Grundlage fortbaute, bleibt wieder zur Seite liegen, während die Betrachtung sich um untergeordnete Modalitäten dreht. Vor Allem fehlt es aber an einer Uebersicht über den Gesammtcharakter der Rechtsbildung im Mittelalter,[1] welche zu der Ueberzeugung hätte führen müssen, daß in Deutschland eine gemeinsame Fortentwickelung des Strafverfahrens auf volksthümlicher Grundlage durch die nach Lokalitäten und nach gesellschaftlichen Kreisen vor sich gehende, und fort und fort sich steigernde Partikularisation des Rechts geradezu unmöglich wurde. Auch in Deutschland finden sich zu verschiedenen Zeiten an verschiedenen Punkten ganz ähnliche Ansätze zum Geschworenengericht, wie in England. Aber aus dem angeführten Grunde hatten sie kein Gedeihen. Die außerordentliche Verschiedenheit in der Rechtsbildung beförderte es, daß man an einigen Orten viel früher, als an andern, die Unmöglichkeit einsah, mit dem hergebrachten Beweissysteme fortzukommen. Derselbe Umstand erklärt zugleich, wie man an jenen Orten (besonders in den ganz auf sich selbst gestellten Städten) dazu kommen konnte, nach dem einzigen Rettungsmittel zu greifen, was in dem Schiffbruch der nationalen Rechtserzeugung übrig blieb, nach dem Rechte des Alterthums, wie es im Rechte der Kirche und im italienischen Rechte verjüngt wieder auflebte. Statt all dies zu erwägen, beschäftigt sich W. einzig und allein mit dem vereinzelten Institute des Richtens auf Leumund, das er in doppelter Hinsicht falsch auffaßt, indem er einerseits darin eine allgemeine Wendung des deutschen Strafprozeßrechts, und zweitens eine nationale Institution sieht. Er erklärt das Richten auf Leumund ausdrücklich so, daß man darin gar nichts Anderes zu sehen habe, als das einfache romanische Beweissystem, mithin die Rezeption des fremden Rechts. Nichts kann aber ungeschichtlicher sein, als hierin eine einfache Fort-

[1] S. meinen Art. in der Zeitschr. f. deutsch. Recht. Bd. XII. H. 1. S. 33 f.

bildung im nationalen Sinne zu sehen. Das Gegenstück dazu bildet sofort die eben so ungeschichtliche Meinung, daß das Torturſystem, in welches man alsbald überall das neue Beweisſystem verwandelt sieht, lediglich der Verkehrtheit der durch das fremde Recht beherrschten Doktrin in die Schuhe zu schieben sei. Denn einmal ist es falsch, die Tortur nur aus der Aufnahme des fremden Rechts zu erklären, während sie doch auch schon früher in Deutschland angewandt und während sie gerade von dem kanonischen Rechte, durch dessen Vermittlung das römische Recht in den Strafprozeß eindrang, verworfen wurde. Sodann ist es unrichtig, die Tendenz zum Geständnisse als eine antinationale, dem kanonischen Rechte abgeborgte Richtung hinzustellen. Und überhaupt ist es unzulässig, das ganze System, welches nun überall durchdrang, nur als das Erzeugniß einer unsinnigen Doktrin aufzufassen. Ebensowenig rechtfertigt es sich, die vorwiegende Tendenz zum Geständnisse nur aus dem Einflusse des kanonischen Rechts zu erklären. Jedenfalls müßte man also zugeben, daß aus römisch- und kanonischrechtlichen Elementen eine ganz eigenthümliche Mischung gemacht worden sei. Dies ist denn auch ganz richtig. Aber unzulässig ist es wiederum, diese für ein willkührliches Erzeugniß einer verkehrten Doktrin zu halten, während darin vielmehr nur eine Reaktion der deutschen Rechtsansicht gegen die des fremden Rechts zu erblicken ist. Mag man über das Torturſystem urtheilen, wie man will, — die Folgerichtigkeit eines abgeschlossenen Systems wird man ihm nicht abläugnen, in welcher es sich Jahrhunderte lang zu erhalten wußte. Wie seltsam, wenn es seinen Schwerpunkt nur in der verkehrten Lehre der Juristen gehabt haben sollte! Vorher besteht Jahrhunderte lang das altgermanische System mit Eidhelfern und Gottesurtheil — bis zum Ende des 15. Jahrhunderts; von da an taucht alsbald mit überraschender Schnelligkeit das Torturſystem auf, um sich Jahrhunderte lang zu erhalten; dazwischen fällt eine kurze Uebergangsperiode, deren Charakter gerade nur darin besteht, daß man beim fremden Recht Hilfe sucht, um das verbrauchte einheimische Beweisſystem zu ersetzen. W. sieht nun gerade diese Uebergangsperiode für einen Knotenpunkt der nationalen Entwicklung an, für den guten Weg, den man alsbald für Jahrhunderte verlassen habe, um sich unter den Unsinn der gelehrten Juristen zu beugen. Die Unnatürlichkeit dieser Erklärung springt in die Augen. Vielmehr ist (s. o.) in dem, was in Deutschland geschah, keine Willkühr der Doktrin, sondern nur eine konsequente (wenn auch auf eine

aberwitzige Konsequenz führende) Durchführung des deutschen Beweisprinzips zu finden. In ihrer äußeren Konsequenz erkennt auch W. diese deutsche Grundansicht an, indem er zugiebt, daß der leitende Gedanke der Satz: confessio regina probationum gewesen sei. Ist dem aber so, dann folgt von selbst, daß auch seine fernere geschichtliche Darstellung nicht zutreffend, und daß insbesondere seine Folgerungen in Beziehung auf die heutige Zeit nicht stichhaltig sein können. Auch heute vielmehr hat die Wissenschaft dem deutschen Volke das rein romanische Beweissystem ebensowenig aufzureden vermocht, als dies in der Uebergangsperiode am Ende des 15. Jahrhunderts gelang.

Biener [1] fehlt von vorn herein darin, daß er die Durchführung des Untersuchungsprinzips nicht als in einem wesentlichen Bedürfnisse des germanischen Rechtsgeistes begründet nachweist. Mit seiner pragmatischen Betrachtungsweise hängt es ferner zusammen, wenn er ganz gewiß zu sein glaubt, daß die Forderung der Jury als eines altdeutschen Instituts gänzlich unbegründet sei, [2] und hinsichtlich anderer Reformen wenigstens ein gerechtes Bedenken darin findet, daß nun einmal der einseitige, heimlichschriftliche Untersuchungsprozeß seit Jahrhunderten sich in Deutschland eingelebt habe. Würde die geschichtliche Betrachtung sich über die Schranken erheben, die sie bei B. hat, würde sie die Entwicklungsgeschichte des germanischen Strafverfahrens als Ein Ganzes betrachten, wovon die Geschichte des deutschen Rechts nur ein Zweig ist, so würde sie zwar allerdings die Zurückforderung der Jury als eines altdeutschen Instituts immer noch angebrachtermaßen abzuweisen haben, [3] zugleich würde sie aber zur Erkenntniß kommen, daß die Forderung derselben im Geiste des deutschen Rechts, die Forderung derselben als einer mit der, durch Aufhebung der Folter nothwendig gewordenen, Reformation des Beweissystems genau zusammenhängenden

[1] Zwar zieht Biener Abh. 2. in der Vorerinnerung seine früheren prakt. Vorschläge selbst zurück. Gleichwohl verlangt die Bedeutung des Mannes in der Wissenschaft ihre fortwährende Beachtung. Die Besprechung seiner Studien und Ansichten erscheint uns auch jetzt noch als ein viel wesentlicheres Bedürfniß der Wissenschaft, als das Kolportiren von Details über die Jury, wozu Mittermaier jetzt so unermüdlich aufmuntert.

[2] Doch giebt er Abh. 2. S. 21. so viel zu, daß sich das germanische Prinzip in England am reinsten erhalten habe.

[3] S. auch wieder Abh. 2. Vorerinnerung. S. X.

Institution ganz wohl begründet sei. Desgleichen ist es eine Folge der bloß pragmatischen Behandlungsweise, wenn B. [1] die Vorzüge und Mängel des gemeinrechtlichen Verfahrens auf eine Weise zusammenstellt, die weder der Forderung der Vollständigkeit, noch der Forderung der Richtigkeit Genüge leistet, da namentlich fast alle Vorzüge, die er ihm nachrühmt, keineswegs im Kausalzusammenhang mit dem Prinzip desselben stehen. Desgleichen wenn er, um für die von ihm empfohlene Schlußverhandlung in der Geschichte des deutschen Strafprozesses Anknüpfungspunkte zu suchen, auf das hochnothpeinliche Halsgericht der Bambergensis und der Karolina, und noch weiter auf die Anfänge dieses Instituts in den Stadtrechten von Nürnberg, Bamberg, Zürich ꝛc. zurückgeht. Er hat zwar die ganz richtige Einsicht, daß es sich überall nicht vom Anklageprinzip, sondern nur von akkusatorischen Formen auf der Grundlage des Untersuchungsprinzips handeln könne, ja noch mehr, er spricht aus, daß die Frage über Mündlichkeit und Oeffentlichkeit genau mit der Juryfrage zusammenhänge. So weit hat ihn seine reiche Geschichtskenntniß ganz richtig geführt, und das Zeugniß eines solchen Kenners ist in diesem Hauptpunkte von der größten Bedeutung. Allein es kann wieder nicht genügen, wenn er neben dem Institute der Kläger von Amtswegen nicht auch andere nationale Reformationskeime in der deutschen Geschichte auf gleiche Weise würdigt. [2] Eben so wenig kann es genügen, wenn er in Hinsicht auf die Abschnitte des Strafverfahrens zu den unfruchtbaren theoretischen Experimenten der beiden vorigen Jahrhunderte zurückgreift und auch jetzt wieder drei Untersuchungsstadien (inquisitio generalis, summaria, specialis) abgegrenzt haben will; wenn er ferner, um der willkührlichen Ausdehnung der Untersuchung auf alle möglichen Verbrechen des Angeschuldigten vorzubeugen, zu den Bestimmungen des kanonischen Rechts zurückzukehren räth, wornach jenem gleich zu Anfang die Anschuldigungspunkte vorgelegt werden mußten und, wenn die befragten Zeugen noch andere Vergehen des Angeschuldigten aussagten, diese nicht berücksichtigt werden durften. Beide Rathschläge sind praktisch gleich unhaltbar, weil sie gleicherweise auf einer völligen Verkennung des Geistes des gemeinrechtlichen Prozesses beruhen. Auch das ist nämlich der bloß äußerlichen Geschichtsbetrachtung eigen, daß sie nicht

[1] Zeitschr. f. d. gesch. Rechtswiss. XII. 1844.

[2] S. übrigens Abh. 2. S. 70. N. 13.

auf die Konsequenzen Bedacht nimmt, die ein Prinzip, wenn es allmälig zur Herrschaft gelangt, nothwendig aus sich entwickeln muß. Mit größter Ruhe greift sie in die Zeit zurück, wo das Prinzip seine Macht noch nicht entwickelt hatte, und meint, was damals gegolten habe, könne auch jetzt wieder gelten, weil es ja damals gegolten habe.[1] Allein die Geschichte ist ein lebendiger Prozeß, in welchem das Unhaltbare ausgeschieden wird, um nicht mehr willkührlich wieder hereingeholt werden zu können. Ihr Inhalt ist nicht bloß ein Aggregat von Thatsachen, die man hinterher wie ein Kartenspiel mischen kann, sondern der nothwendige Entwicklungsprozeß von Ideen, die ihre prinzipielle Macht bewähren und in ihre Folgerungen entfalten, welche man nicht willkührlich streichen kann, solange man das Prinzip selbst noch anerkennt. In diesen Irrthum verfallen Wächter und Biener. Der verweltlichte Inquisitionsprozeß mußte nothwendig eine ganze Reihe von Bestimmungen abstreifen, die er in der Sphäre der Kirche gehabt hatte. Erst als weltlicher Prozeß konnte er jenes Prinzip entwickeln, gegen welches unsere Zeit sich erklärt hat.[2] Will man nun gegen die Konsequenzen hievon kämpfen, so unternimmt man etwas gänzlich und von vorn herein Erfolgloses, wenn man nicht zuvörderst dem Prinzip zu Leibe geht, aus welchem sich die unbequemen Folgerungen entwickelt haben. Auch in Beziehung auf die Jury begnügt sich B. damit, einen Katalog der Lichtseiten und einen Katalog der Schattenseiten des Instituts aufzustellen; da denn der letztere etwas länger ausfällt, als der erstere, so schließt er daraus, daß es besser sein werde, das Institut in Deutschland nicht einzuführen. In seiner Schilderung findet sich aber neben manchem Wahren viel Falsches, wie es bei der gänzlich empirischen Aufnahme derselben zu erwarten war, z. B. daß die Zurechnung der Schuld eine spezifisch juristische Operation, daß der Wahrspruch der Jury nur auf das Gewissen basirt, daß dadurch jedes Rechtsmittel ausgeschlossen sei u. s. f. Hoffentlich ist durch das o. A. klar geworden, daß der

[1] Dieser Mangel an Philosophie der Geschichte — bei den treffendsten Bemerkungen im Einzelnen — zeigt sich auch wieder in der Abh. 2. S. 18 f., wenn hier das privatrechtliche Prinzip im Strafrechte mit dem politischen koordinirt, jenes mit dem absoluten, dieses mit dem relativen Strafrechtsprinzip identifizirt, der Staatsanklageprozeß mit dem Privatanklageprozeß auf Eine Linie gestellt wird u. s. f.

[2] S. übrigens Abh. 2. S. 34 in der Mitte.

Kern der Juryfrage in der Beweisfrage liegt und daß man vor Allem den Irrthum aufgeben muß, als ob die Zurechnung zur Schuld besondere juristische Studien voraussetze. Am wenigsten sollte übrigens ein Rechtshistoriker dem deutschen Rechte einen Gedanken aufbürden wollen, der ihm von Anfang an und seiner innersten Natur nach fremd war. Trotz all dem Schlimmen, was er der Jury nachsagt, begiebt sich jedoch zum Schlusse das Wunderbare, daß er den Vertheidigern derselben eine Einräumung macht, die, scheinbar von beschränktem Umfang, gleichwohl vom höchsten Gewichte für jeden ist, der an die Macht der Ideeen und ihre prinzipiellen Wirkungen glaubt. Es geschieht dies, wenn er meint, eine Entscheidung durch Geschworene könnte doch wohl in einem Punkte wünschenswerth sein, nämlich in den Fällen, wo die Zurechnungsfähigkeit zweifelhaft sei, „wo es auf eine rein menschliche Beurtheilung ankomme." Kommt es denn aber nur in jenen Fällen auf eine rein menschliche Beurtheilung[1] an? Es ist zu hoffen, daß, sobald einmal die Wissenschaft des Strafrechts die gegenwärtige Schulweisheit und dem Leben widersprechende Superfeinheit in der Schuldlehre wird ausgestoßen und ihren Boden wieder in den jedem gebildeten Bewußtsein zugänglichen moralischen und psychologischen Gesetzen gefunden haben, sofort auch die Einsicht sich einstellen wird, daß das, was B. nur für einzelne Fälle der Zurechnungsfrage einräumt, vielmehr geradezu für alle Fälle derselben gilt, d. h. daß die Schuldfrage überhaupt und überall vor ein Geschworenengericht gehört.

Eine gleiche Verblendung ist es aber, die andere Rechtshistoriker beherrscht, wenn sie uns — in der Einbildung, recht besonders deutsch sein zu wollen, — statt des Geschworenengerichts die alten Schöffengerichte wieder aufreden wollen.[2] Im Schöffengerichte sind zwei wesentlich unterschiedene Thätigkeiten gerade ebenso vereinigt, wie im rechtsgelehrten. So wenig es nun taugt, den Rechtsgelehrten diejenige zu überlassen, um deren willen man eben das (volksthümliche) Schöffengericht fordert, gerade so wenig, ja noch weniger taugt es, Schöffengerichten die Funktion zu überlassen, welche wesentlich rechtsgelehrten Richtern zugehört.

[1] Diese muß nur freilich nicht mit einer rein moralischen verwechselt werden, wie es in den Abh. 2. S. 109. 110. geschieht.

[2] S. jedoch Beseler in den Verh. der Germ. in Lübeck. S. 117.

Ein charakteristisches Merkmal der bestehenden Rechtswissenschaft ist es ferner, daß sie für die vergleichende Jurisprudenz, die sie zum Theil mit Vorliebe treibt, der nöthigen leitenden Grundsätze entbehrt und hier gleichfalls in der Irre geht und in die Irre führt. Dahin gehört besonders das so viel[1] wiederholte Gerede, daß man zwar in Deutschland die französischen Einrichtungen nicht nachahmen, daß man sich aber die englischen zum Muster nehmen solle. Unläugbar leidet der französische Strafprozeß an dem Grundfehler einseitiger Abstraktheit, der das ganze französische Rechts- und Staatswesen charakterisirt. Die alte materialistische Neigung, auch auf dem Gebiete des Geistes Alles mathematisch berechnen und in einen komplizirten Mechanismus bringen zu wollen, zeigt sich auch hier, wozu noch kommt, daß mit dem Wechsel der politischen Verhältnisse der französische Strafprozeß gleichfalls in kurzer Zeit eine Reihe von Phasen durchlaufen hat, wobei ein organisches Wachsthum und Gedeihen äußerst verkümmert war. Gleichwohl ist es ungerecht und ungeschickt, nur diese Seite herauszuheben; insbesondere ist es nicht passend, ihn von dieser Seite aus dem englischen Verfahren gegenüber schlechthin zu verdammen, da er umgekehrt vor diesem den unschätzbaren Vorzug der systematischen Durchführung eines Prinzips voraus hat. Was man nämlich auch von dem ehrwürdigen Roste der Jahrhunderte phantasiren möge, — kein praktischer Jurist wird für einen Rechtszustand, wie der englische ist, schwärmen können.[2] So wenig irgend Jemand läugnen kann, daß die für das gesammte englische Rechts- und Staatsleben gemäßeste Form des Strafverfahrens sich in England frühe Bahn gebrochen und zu immer größerer Reife entfaltet habe, so weiß doch auch jeder Kenner des englischen Rechts, daß die eigenthümliche Art seiner Gesammtentwicklung einen fast gänzlichen Mangel an Systematik und prinzipieller Folgerichtigkeit, ein so buntscheckiges Untereinander von vernünftigen und von ganz veralteten Bestimmungen, einen die Auffassung so verwirrenden Partikularismus bedingt, daß nur der praktische Takt des Volks, die große Macht des Gerichtsgebrauchs und die Oeffentlichkeit des Rechtslebens den faulen

[1] Besonders oft von Mittermaier. S. dagegen Biener, Abh. 2. Vorerinnerung S. IX. Jaup, Verh. der Germ. in Lübeck. S. 143.

[2] Mittermaier, Zeitschr. für ausl. Gesetzgebung. I. S. 58 f. Möhl, Geschworenenger. S. 38—40. v. Vincke, Darstellung der innern Verwaltung Großbrit. S. 4. 26. Strafr. Fr. d. Gegenw. S. 108. 109.

Fleck zudecken kann. Auch Mittermaier vermag doch nicht zu läugnen, daß in England selbst manche Lücken des englischen Strafverfahrens immer mehr anerkannt werden, daß sich namentlich die Zahl der Stimmen vermehrt, welche die Einführung eines öffentlichen Anklägers empfehlen. Es giebt aber an dem englischen Strafverfahren noch gar Vieles auszusetzen, und zwar sehr wesentliche Punkte, wohin namentlich das Uebermaß von Oeffentlichkeit, die vielen Reste des Anklageprinzips ꝛc. gehören.[1] Dagegen werden manche Vorschriften des französischen Rechts, besonders in Beziehung auf die Staatsanwaltschaft, die Gerichtsorganisation, die gerichtlichen Befehle ꝛc. von unpartheiischen englischen Juristen selbst als Verbesserungen erkannt. Was im englischen Rechte nur durch Gerichtsgebrauch regulirt ist, wird in Frankreich durch die Gesetzgebung geordnet. In der That hat der französische Strafprozeß gerade die Grundprinzipien in sich aufgenommen, wie sie aus dem Wesen der Sache fließen, und dieselben großentheils systematisch richtig entwickelt. Eingefleischte Jünger der historischen Schule wollen freilich nicht anerkennen, daß auch die englischen Institutionen doch nur allmälig fixirte Momente im Verlauf der Selbstentwicklung der Idee des Strafprozesses sind; sie betrachten sie lieber als planlos aufgeschossene Pflanze, als daß sie den allen Rechtsbildungen immanenten Geist sich dabei als Gärtner denken möchten. Allein mögen sie immer an dem verwickelten geschichtlichen Schnörkelbau des englischen Rechts ihre besondere Freude haben! Es bleibt dennoch wahr, daß jedes nationale Recht, so stark auch eben der nationale Typus seiner geschichtlichen Entwicklung ausgeprägt sein mag, doch nur ein Moment in einem allgemeineren Prozesse, im Lebensprozesse der Idee selber ist. Und gerade, je intensiver dies der Fall ist, desto höher steigt der Werth eines solchen nationalen

[1] Ein anderes ist es freilich, wenn die strafr. Fragen der Gegenw. S. 43 f. sogar den Torturprozeß der P.G.O. für einen Fortschritt gegenüber dem englischen Prozeßrecht halten! — Das ganze Gewebe von Plattheiten und Sophismen, das sie S. 95 — 112 über das englische Geschwornengericht vorbringen, beruht auf mangelhafter Kenntniß seiner geschichtlichen Ausbildung und auf der Unfähigkeit des Verf., über seine triviale Auffassung des Prinzips der materiellen Wahrheit hinauszukommen. Daher ist unten im geschichtlichen Theil diese absolutistisch-monarchische Jeremiade keiner weiteren Beachtung werth gehalten worden. Ein Verfahren, das mit eben so viel Unkenntniß, als Perfidie sich erdreistet, das Recht eines Volkes, wie das englische, bis zum baaren Unsinn zu entstellen, stellt sich selbst an den Pranger.

Rechts. Man wird sogar eben darin, daß das Ganze nicht in Folge abstrakter Spekulation, sondern allmälig als Befriedigung des Bedürfnisses entstanden ist, einen willkommenen Beweis für die Probehaltigkeit desselben erkennen. Dessenungeachtet wird man andererseits nicht verkennen, daß eben diese Entstehungsweise ein Resultat bedingt hat, das die Spuren derselben, die Vermischung des Wesentlichen mit dem Zufälligen, die Vermengung von Konsequenzen verschiedener Prinzipien, und Lücken und Einseitigkeiten mancher Art an sich trägt und tragen muß. Zwar ist es wieder vollkommen wahr, daß derlei Mängel durch anderweitig gegebene geschichtliche Momente in eine Ordnung und Harmonie mit dem gesammten Rechtsleben der Nation auf der bestimmten Entwicklungsstufe desselben kommen, welche jene Beziehung auf die Idee des einzelnen Rechtstheils übersehen oder leichter nehmen läßt. Gleichwohl läßt sich nicht läugnen, daß unsere Zeit nicht mehr die der unbewußten Entwicklung ist; darf es aber als öffentliche Meinung angesehen werden, daß unsere Zeit die Aufgabe habe, gesetzgeberisch schöpferisch thätig zu sein, d. h. mit Bewußtsein das Recht in seinem ewigen Wesen, wie es dem bestimmten Kulturstand der Nation sich anpaßt, aufzufassen und festzustellen, so wird für dieses Bedürfniß die Kenntniß des französischen Rechts wichtiger sein, als die des englischen, eben weil jenes ein aus Prinzipien konstruirtes und motivirtes ist.[1]

Durchaus unrichtig ist es übrigens, wenn Mittermaier diejenigen tadelt, welche beide Prozeßformen als Ausflüsse der nämlichen Grundideeen zu betrachten gewohnt seien. Der Unterschied beider ist vielmehr nur der vorhin gedachte; er liegt besonders darin, daß im englischen Recht seit dem Durchbruch des Geschworeneninstituts das Untersuchungsprinzip, ohne dessen Herrschaft jenes gar nicht hätte entstehen können, sich wieder abgeschwächt und in vielen Punkten dem für den modernen Staat nicht mehr passenden Anklageprinzip Platz gemacht hat, ein Umstand, der wesentlich damit zusammenhängt, daß im englischen Strafverfahren überall das Recht der bürgerlichen Freiheit den Vorrang vor dem Rechte des Staats gewonnen hat, wie denn überhaupt der englische Staat seinen Schwerpunkt nicht in dem spezifischen Begriffe des Staats, sondern in dem Organismus der Gesellschaft findet. Auf jenes

[1] Vgl. auch wieder die prinziplose Zusammenstellung in den Verh. der Germ. in Lübeck. S. 70—72.

Moment ist Alles, was den englischen Strafprozeß besonders charakterisirt, insbesondere die ganz indifferente Stellung des Gerichts, die Aktivität der Partheien ꝛc. zurückzuführen, und die stückweise, unsystematische geschichtliche Entwicklung ist nicht sowohl der Grund, als die bloße Erscheinung jener sich immer mehr gegen das Recht des Staats durchsetzenden Präponderanz der bürgerlichen Freiheit. Gleichwohl ist es jedoch ein großer Irrthum, dem englischen Prozeß das Anklageprinzip zu unterschieben. Das entgegengesetzte ist vielmehr dem modernen Staate so unentbehrlich, daß auch das englische Recht nicht umhin kann, es in sehr bedeutsamen Folgerungen anzuerkennen.[1] Die prinzipielle Grundlage des englischen Verfahrens ist daher von der des französischen nicht verschieden. Sieht man von allen bloßen Modalitäten und bloß politischen Momenten ab, so hat man zunächst in England, wie in Frankreich, die Hauptsache, um die es Noth thut: die strenge Sonderung des Untersuchungs- und des Beweisverfahrens, geschieden durch die von einer eigenthümlichen Behörde auszusprechende Versetzung in den Anklagestand. Innerhalb dieser Einheit zeigt sich nun freilich ein Unterschied, und zwar eben der, daß das Untersuchungsprinzip in Frankreich viel konsequenter durchgeführt ist, während in England manche Konsequenzen des Anklageprinzips sich wieder geltend gemacht haben. Vor Allem fehlt es hier nämlich an einem Staatsanwalte; nur ausnahmsweise können Behörden von Amtswegen einschreiten, während in der Regel eine Privatanklage abgewartet werden muß. Indessen ist doch angenommen, daß alle Anklagen im Namen des Königs betrieben werden, daher jeder Bürger das Recht der Anklage hat, und jeder Ankläger, der nur nicht leichtsinnig oder böswillig gehandelt hat, seine Kosten aus den öffentlichen Kassen ersetzt erhält. Bei Verbrechen, die den Staat unmittelbar verletzen, tritt denn auch unmittelbar der Attorney-General als Ankläger auf. Ferner schließt das Recht zur Anklage jedesmal auch die Pflicht dazu ein, daher die Nichtanzeige eines Verbrechens strafbar ist. In allen schwereren Verbrechensfällen darf ferner der Beschädigte seine Civilansprüche durch eine Civilklage gar nicht geltend machen, solange nicht der Strafpunkt erledigt ist; in geringeren Straffällen ist

[1] v. Steman, S. 2—4. Rüttiman, Bericht S. 6. Rintel, S. 127. Stephan-Mühri, S. 563 f. Rey, Instit. II. p. 184. Hawkins, treat. II. p. 80 f. 356.

dies wenigstens vortheilhafter für ihn. Jeder Bürger, in dessen Gegenwart eine Felony begangen oder versucht wird, ist berechtigt und verbunden, den Verbrecher zu verhaften. Auch in minder wichtigen Fällen sind Privatpersonen wenigstens berechtigt, eine Verhaftung, wenn sie ohne Gewaltanwendung möglich ist, vorzunehmen. Wer bei einer Verhaftung thätig war, wird für seine Bemühung entschädigt. Außerdem giebt es verschiedene Gesetze, die jedem, welcher zur Verurtheilung eines Verbrechens beitragen würde, gewisse Vortheile versprechen. Auch ist die Vortrefflichkeit der englischen Polizei bekannt genug. Gleichwohl ist dies u. A.[1] unbefriedigend, wie schon daraus erhellt, daß die bürgerliche Gesellschaft in England sich genöthigt sieht, Vereine zur Verfolgung von Verbrechen zu bilden und Prämien dafür auszusetzen. Daher hat sich noch neuerlich Lord Brougham[2] mit Recht gegen die englische Einrichtung erklärt, weil sie die Ungestraftheit vieler Verbrechen und Vergleiche zwischen dem Beschädigten und dem Verbrecher begünstige. Er und Andere beneiden das schottische Recht um seinen Lordadvokaten und fordern auch für England die Einführung des Staatsanwalts. In der That ist es auch dem modernen Staate ganz unangemessen, wirkliche Parthieen im Strafprozesse zu haben, wozu in England in manchen Punkten wenigstens eine Annäherung stattfindet. Gerade mit dieser Unangemessenheit hängt aber Manches zusammen, was man oft irriger Weise am englischen Verfahren rühmt, z. B. die Oeffentlichkeit und Kürze der Voruntersuchung, der Gebrauch, daß nicht der Richter, sondern die vorführende Parthie den Zeugen vernimmt, daß dies in Gegenwart des Angeschuldigten geschieht, daß letzterer vom Richter nicht verhört, daß nicht nur nicht (was richtig ist) durch Zwang, sondern nicht einmal durch rein subjektive Mittel, Vorhalte, Konfrontationen 2c. auf den Angeschuldigten einzuwirken versucht wird. Trotzdem aber, daß das englische Recht zuviel ungehörige Analogieen des bürgerlichen Prozesses aufzuweisen hat, wird auch von M. nicht in Abrede gezogen, daß in der Voruntersuchung eine Art von inquisitorischer Thätigkeit von Seiten des Beamten liege. Die englischen Juristen erkennen aber überdies einen Vorzug des französischen Prozesses in der Gleichförmigkeit des Verfahrens in der Voruntersuchung und in der Aufstellung

[1] Information, presentment etc.

[2] In Félix, Revue. 1845. Févr. p. 89.

eines Untersuchungsrichters, während in England verschiedene Formen des Verfahrens eintreten, je nachdem vor dem Friedensrichter, dem Polizeibeamten, dem Coroner verhandelt oder auf dem Wege der Information eingeschritten wird.

So wenig nun die Voruntersuchung in beiden Rechten prinzipiell verschieden ist (daß im französischen das Untersuchungsprinzip in manchen Beziehungen in übertriebener Einseitigkeit durchgeführt, daß das Verhältniß zwischen Staatsanwalt und Richter nicht durchgängig richtig bestimmt ist, daß die Voruntersuchung häufig mangelhaft ausfällt, kann man ganz wohl zugeben), ebensowenig ist dies in Beziehung auf den Uebergang aus dem ersten Abschnitt des Verfahrens in den zweiten der Fall. Die Hauptsache ist eben nur die strenge Sonderung beider Stadien, vermittelst deren die Versetzung in den Anklagestand eine wirkliche Bedeutung erhält; dagegen ist es nur ein untergeordneter Modalitätsunterschied, daß an diesem Punkte des Verfahrens in England die große Jury, in Frankreich die Anklagekammer auftritt. Man kann an der französischen Einrichtung Manches auszusetzen finden. Offenbar kann es nämlich kein Vertrauen erwecken, wenn der Generalprokurator den Bericht an die Anklagekammer erstattet, der allein die Akten kennt und daher den größten Einfluß auf diese Behörde ausübt, und wenn man überdies erfährt, wie rasch die Anklagekammern ihr Geschäft abzumachen pflegen. Auch kann man zugeben, daß der Gebrauch, die Anklageakte erst nach erfolgter Versetzung in den Anklagestand zu verfassen, nicht zu loben ist. Man wird daher einen Vorzug darin anerkennen müssen, daß in England der großen Jury die bereits entworfene Anklageakte vorliegt, daß sie an keine Akten gebunden ist, und daß sie die Zeugen selbst hört. Allein Alles dies könnte ganz wohl auch mit dem Institute der Anklagekammer verbunden werden, wie denn andererseits Lord Brougham die große Jury als ein ohne Verantwortlichkeit handelndes Korps nicht empfiehlt. In keinem Fall ist der Unterschied ein prinzipieller.

Aber auch in Beziehung auf das Hauptverfahren ist ein solcher nicht zu entdecken. Nur der schon gewürdigte Umstand tritt auch hier hervor, daß in England das Untersuchungsprinzip nicht so folgerichtig (aber darum auch nicht so einseitig) durchgeführt ist, wie in Frankreich. Das zwar ist ein großes Lob für den englischen Prozeß, daß von ihm gesagt werden kann, die ganze Hauptverhandlung sei eben nur der Führung der Beweise gewidmet, da sie hiemit einfach ihrer Idee genug thut. Es kann nur befriedigen,

wenn man in England von den Deklamationen der französischen Staatsanwälte und Advokaten nichts hört. Nicht minder muß es als gerecht anerkannt werden, wenn man in England streng auf die Rechtsgleichheit zwischen dem Ankläger (auch wenn der Anwalt der Krone als solcher auftritt) und dem Angeklagten hält, während in Frankreich die Staatsbehörde vielfach vor dem Angeklagten begünstigt ist. Dagegen hat man ganz Unrecht, wenn man auch die Stellung der Assisenrichter in Frankreich gegenüber der Stellung der englischen tadelt. Mag man immer das pouvoir discrétionnaire des französischen Assisenpräsidenten zu ausgedehnt finden, so heißt es doch das Kind mit dem Bade ausschütten, wenn man von dem einen Extreme auf das andere überspringt, d. h. die völlig passive civilprozessualische Stellung des englischen Assisenpräsidenten für die angemessene erklärt. Der Vorzug der Rechtsgleichheit zwischen dem Ankläger und dem Angeklagten hängt zwar in England ohne Zweifel gerade mit der falschen Tendenz zusammen, diesen Personen die Stellung eigentlicher Partheien zu geben. Aber hier muß eben der aufmerksame Beobachter sich nicht durch die empirische Anschauung beherrschen, sondern die unterscheidende Kritik ihr Recht behaupten lassen, wornach ersteres als richtig, letzteres aber als der Idee des Strafverfahrens ganz unangemessen erkannt werden muß. In der That finden auch viele englische Juristen, die den französischen Prozeß aus Erfahrung kennen, eine Schattenseite des englischen Verfahrens in der Einrichtung, nach welcher der Präsident die Zeugen gar nicht vernimmt, sondern dies durch die Partheien geschieht. Sonderbar ist es dagegen, wenn Mittermaier dem französischen Rechte in einem Punkte den Vorzug zugesteht, wo er offenbar vielmehr dem englischen zuerkannt werden muß; ja, dieser Punkt ist sogar der einzige Unterscheidungspunkt zwischen beiden Rechten, der mit dem Prinzip des ganzen Strafprozesses in engerer Verbindung steht. Die ganze Bedeutung des Wahrspruchs der Geschwornen liegt eben nur darin, daß er eintritt, wo der Angeklagte nicht selbst seine Schuld zugesteht; das englische Recht entspricht daher ganz der Natur der Sache, wenn es im Falle des Geständnisses das Verdikt der Geschwornen ausschließt; und diese Bestimmung des englischen Rechts ist keineswegs eine bloß positiv zufällige, sondern eine solche, in welcher ein wesentliches Moment der Sache fixirt liegt.[1]

[1] S. auch Welcker, Staatsler. IX. S. 46. 47 Note.

Bei so unsichern Ansichten über das Wesen der Sache selbst und das Verhältniß des englischen Rechts zu demselben kann es dann freilich auch nicht auffallen, wenn von derselben Seite der Zusammenhang der englischen Rechtsentwicklung mit der allgemeinen germanischen durchaus nicht richtig aufgefaßt wird. Gewiß haben diejenigen Unrecht, welche sich einbilden, die deutsche Jury würde nur das Wiederaufleben des altdeutschen Volks- oder Schöffengerichts sein. Damit aus dieser Form die Jury hervorginge, bedurfte es eigenthümlicher Entwicklungen und Uebergänge, welche in der englischen Geschichte zur positiven Wirklichkeit geworden sind. Wenn nun aber behauptet wird, die Jury habe eben nur in England aus ganz eigenthümlichen Zuständen sich entwickelt, so ist dies ein Irrthum. Einerseits läßt sich zeigen, wie in England aus den ersten, allen germanischen Stämmen gemeinsamen, gerichtlichen Einrichtungen allmälig jener eigenthümliche Gang sich entwickelte. Andrerseits ist aber dieser Gang der Sache in England nicht ein schlechthin besonderer und individueller gewesen; vielmehr zeigt die Betrachtung der deutschen Rechtsgeschichte sehr bedeutsame Anknüpfungspunkte. Wer freilich in Beziehung auf diese mit der Bemerkung fertig ist, daß Deutschland am Schlusse des Mittelalters mittelst des Instituts der Klage von Amtswegen auf dem Wege gewesen sei, Anklageprozeß mit Staatsanwaltschaft zu erhalten, der wird das Gesagte nicht zugeben wollen. Allein es wäre zu entgegnen, daß mit jenem Punkte die Eigenthümlichkeit der deutschen Rechtsentwicklung auf dem Gebiete des Strafverfahrens ganz und gar nicht aufgefaßt ist (s. unten). So wenig also die englische Rechtsentwicklung als etwas schlechthin Apartes aufgefaßt werden darf, so unrichtig ist es, eine prinzipielle Verschiedenheit zwischen dem englischen und französischen Rechte zu behaupten. Es rechtfertigt sich daher der geläufige Einwurf gegen die Vertheidiger der Jury, daß sie sich erst zu entscheiden hätten, ob sie eine Jury nach englischem oder eine nach französischem Schnitte wollen, in keiner Weise. Wer einen richtigen Begriff vom Wesen der Jury hat, der braucht sich nicht ängstlich an diese positiven Erscheinungsformen zu halten, die ihm nur Beispiele, nicht absolute Autoritäten sind. Er wird mithin erwiedern: ich will weder das eine, noch das andere, — ich will eine Jury, wie sie als Glied im Organismus der Idee des Strafprozesses nothwendig ist; soll sie aber einen besondern Schnitt haben, so mag es ein d e u t s c h e r sein! [1]

[1] Vgl. Dernburg, S. 114.

Drittes Kapitel.

Die Grundgedanken des germanischen Strafverfahrens in ihrer geschichtlichen Entwicklung.

Der Hauptfehler, der meist bei Darstellung der Geschichte des germanischen Strafverfahrens begangen wird, besteht darin, daß man an dasselbe den Maßstab zu legen gewohnt ist, den man aus dem Studium des römischen und des kanonischen Rechtes gewonnen hat, ohne zu bedenken, daß man sich damit gleich von vorn herein auf einen gegensätzlichen Standpunkt stellt, auf welchem man die Eigenthümlichkeit des germanischen Rechts entweder gar nicht oder doch nicht richtig auffassen kann. So kommt man dazu,[1] das germanische Recht nur als unreife Vorstufe des durch die Aufnahme des römischen und kanonischen umgebildeten gemeinen deutschen Rechts und dieses dem Prinzip nach als ein endgiltiges anzusehen, über welches hinaus kein weiterer Fortschritt möglich sei. Man kommt dazu, das dänische, schwedische, englische Geschworenengericht als Institute zu betrachten, die zwar aus germanischer Wurzel, aber nur durch eine völlige Umbildung germanischer Einrichtungen hervorgegangen seien. Man kommt — mit andern Worten — dazu, den stetigen Zusammenhang und Fortschritt der nationalen Entwicklung des germanischen Rechts geradezu zu übersehen oder zu verfälschen.

Gewiß liegt in dem durch die Aufnahme des römischen und kanonischen Rechts entstandenen neuen Rechte in Deutschland, wie in Frankreich,[2] neben allen Nachtheilen, die damit sich einstellten, ein unläugbarer Fortschritt gegenüber dem alten Volksrechte. Es ist derselbe Fortschritt, den man auch dem römischen Kaiserrechte trotz aller seiner Mängel gegenüber dem Rechte des Freistaats, den man überhaupt dem Juristenrechte gegenüber jedem reinen Volksrechte zugestehen muß, —

[1] S. die o. a. Abhandlung von Wächter und meine Rec. in der N. Jen. Lit.-Ztg.

[2] Für Frankreich gut nachgewiesen von Stein, franz. St. u. R.Gesch. III. S. 678.

das Hinauskommen nämlich über den Instinkt, die Unterwerfung der Sache unter die Herrschaft des Gedankens, ihre wissenschaftliche Durchdringung und Verarbeitung, welche denn auch weiterhin allein zu der Einsicht befähigen kann, worin nun gerade wieder die Einseitigkeit und Mangelhaftigkeit dieses durch die Anatomie der einzelnen Rechtstheile und Begriffe entstandenen Juristenrechts liegt. Gewiß ist es daher einseitig und ungerecht, die mehrhundertjährige Epoche der Geltung dieses gelehrten Rechts einfach zu verdammen, da man vielmehr anerkennen muß, daß sie reich war an tiefsinniger Auffassung im Einzelnen, und an mannigfacher, zum Theil großartiger Arbeit, die Resultate jener Untersuchungen zu einem systematischen Ganzen zusammenzufassen.[1] Aber nicht minder falsch ist es, über diesem Fortschritt den relativen Rückschritt jenes gelehrten Rechts zu übersehen, oder ihn, wie Wächter, nur in Nebensachen zu suchen. Uebrigens lag auch die europäische Aufgabe Frankreichs nicht bloß, wie Stein[2] sagt, darin, die Verschmelzung des amtlichen und des Volksgerichts mit dem neuen Verfahren desselben in seiner Jury anzubahnen. Die Hauptsache in der von Frankreich angestoßenen Reform liegt vielmehr in einem Momente, das der neuere französische Prozeß selbst noch keineswegs richtig aufgefaßt und durchdrungen hat, in der Nothwendigkeit, die auch Stein andeutet, dem Beweis im Strafprozesse die verlorene Natur eines lebendigen, einheitlichen Ganzen wiederzugeben. Nur hierin hat das volksthümliche Element im Gerichte seine wahre Bedeutung. Allein eben dies ist es, was unsere im fremden Rechte befangenen Juristen nicht einsehen wollen; eben daher fassen sie aber auch die Eigenthümlichkeit des germanischen Rechts, welches die Keime dazu enthält, nicht richtig auf und schildern uns wohl seine Außenseite, nicht aber seinen Kern. Sie sehen daran nur das Rohe, Unentwickelte, nicht den entwicklungsfähigen, zukunftskräftigen Keim, den es in sich trug. Offenbar ist es aber damit nicht anders, als mit so vielen deutschrechtlichen Begriffen.[3]

Aus Gründen, die nachher zu erwähnen sind, hat allerdings die nationale Entwicklung mit der Aufnahme des fremden Rechts einen Abbruch erlitten. Allein es ist wohl zu bemerken, daß diese mit der politischen Zersetzung Deutschlands in eine Menge kleiner staatlichen Ein-

[1] Stein, a. a. O.

[2] a. a. O. S. 684.

[3] Vgl. z. B. meine Neue Revision rc. S. 338. 339.

heiten zusammenhängende Aufnahme des fremden Rechts in die Zeit fiel, in welcher Deutschland seine weltgeschichtliche Aufgabe der Reformation im universellen Gebiete der Humanität, zunächst im religiösen, später in dem der Wissenschaft zu vollziehen hatte. Gerade hiemit hängt jene Aufnahme zusammen, die man endlich aufhören sollte von so untergeordnetem Standpunkte aus aufzufassen, wie es leider hergebracht ist. Es ist eben nur das kosmopolitische Aufschwellen des deutschen Volksgeistes, aus welchem das Bedürfniß hervorging, das Recht des klassischen Alterthums und der universellen Kirche anzunehmen; man weiß ja aber, daß die Einseitigkeit, womit dies zuerst geschah, bald wieder gemäßigt wurde, sofern gerade in solchen Gebieten, in welchen der germanische Geist über den antiken hinaus ist, wie Familie, Gemeinde, Staat rc., das nationale Recht sich wieder Bahn gebrochen hat.

Eben dies zeigt sich auch im Strafverfahren in der oben angedeuteten, höchst merkwürdigen Umbildung des römischkanonischen Beweissystems. Die Bedeutung der Entwicklung des deutschen Strafverfahrens seit der P.G.O. muß man daher nicht in den untergeordneten Momenten suchen, worin man sie gewöhnlich zu finden pflegt. Sie liegt vielmehr eben darin, daß der deutsche Strafprozeß mit theilweiser Aufgebung seiner nationalen Grundlage sich das Recht des klassischen Alterthums und der universellen Kirche aneignete. Man vergesse nur nicht, daß von diesem Entwicklungsprozeß erst die eine Hälfte vorliegt, die zweite aber noch aussteht, welche nur in der Rückkehr zu der nationalen Grundlage bestehen kann. Eine Vermittlung hiezu blieb, wie gesagt, auch in der Zeit der stärksten Entfremdung immer noch in jener eigenthümlichen Modifikation des Beweissystems bestehen; und, wenn irgend etwas dazu dienen kann, den Strafprozeß wieder deutsch zu machen, so muß es die weitere Entwicklung jenes Gedankens sein, welche darin besteht, daß das Geständniß durch völlige Befreiung von allem Zwang in seinem Vorrang erst wahrhaft befestigt, ihm aber zugleich der Wahrspruch der Geschworenen als unentbehrliche Ergänzung an die Seite gestellt wird. Die Lehrjahre aber, welche der deutsche Strafprozeß in seiner Romanisirung durchgemacht hat, werden ihm nicht verloren sein, sofern dadurch nicht nur die unbedingte Nothwendigkeit des Untersuchungsprinzips in sein Fleisch und Blut übergegangen, sondern auch mittelst der wissenschaftlichen Ausbildung der römischkanonischen Beweislehre dem deutschen Prozeß ein law of evidence versichert ist, wie es

dem französischen zu seinem Schaden fehlt, ihm also die vollständige Erfüllung der reformatorischen Aufgabe vorbehalten bleibt, welche das französische Recht zu lösen begonnen hat.

Zum Behuf der vorliegenden Erörterung ist es nun übrigens keineswegs nöthig, ein Bild des germanischen Strafverfahrens und seiner Geschichte in seiner äußerlichen Seite zu entwerfen; es kommt vielmehr nur darauf an, die Hauptideen herauszuheben, die ihm seinen spezifisch weltgeschichtlichen Charakter geben, und diese in ihrer Entwicklung durch die verschiedenen Volksgeister zu verfolgen.[1] Es wird deshalb im Folgenden vornämlich nur von dem Prinzip des germanischen Strafverfahrens und seiner Grundidee über den Beweis in Strafsachen die Rede sein.

I. Das Untersuchungsprinzip.

Es darf jetzt wohl als ausgemacht betrachtet werden, daß schon der älteste germanische Staat wirkliche Gerichte und ein Strafrecht hatte.[2] Aber in dem Maße, indem er selbst noch unentwickelt war, mußten nothwendig auch seine strafrechtlichen Einrichtungen es sein. So gewiß es aber ist, daß bei allen Völkern im Anfang ihrer Geschichte Begriff und Grenze für Verbrechen und Strafe ungenau erscheinen, eben weil das Verhältniß des Gemeinwesens zum Einzelleben noch unbestimmt und erst in der Entwicklung begriffen ist, so zeichnet sich doch ebensogewiß das germanische Recht vor dem römischen dadurch aus, daß es von Anfang an das wesentliche Moment am Verbrechen entschiedener hervorgehoben hat. Während nämlich im römischen Recht das staatsrechtliche und das privatrechtliche Element im Verbrechen in dualistisch gesonderter Form auftreten und der Gegensatz zwischen dem öffentlichen und dem Privatstrafrecht während des ganzen Verlaufs der römischen Geschichte zwar zu einer äußerlichen Ausgleichung, nie aber zu einer Verschmelzung kommt, so hat umgekehrt das germanische Recht von

[1] Eben darüber ist die äußerlich umfangreiche Literatur sehr dürftig. Vgl. z. B. Zentner, Geschworenengericht (2te Ausg.) S. 87—184. und besonders Welcker, Staatslex. IX. S. 28 f., der — bei vielen treffenden Bemerkungen im Einzelnen — durch die Anlage der Abh. im Ganzen absolute Verwirrung erzeugt.

[2] S. besonders Wilda und Waiz.

Anfang an in der Vorstellung des strafbaren Unrechts beide Momente zusammengefaßt.

Jedes Verbrechen erscheint hier schon in der ältesten Zeit zugleich als Verletzung eines besondern Rechts und als Verletzung eines allgemeinen (Friedensbruch).[1] Allerdings war der Begriff des Friedensbruchs noch weit davon entfernt, der reine Begriff des Verbrechens zu sein. Denn nicht nur die Privatverbrechen, wie Stein[2] meint, sondern auch die unmittelbar gegen das Gemeinwesen begangenen Verbrechen hatten noch die Vorstellung der Privatverletzung als das überwiegende Moment in sich. „Auch die Gemeinheit wendete sich gegen den, welcher ihre Rechtsordnung verletzt hatte, als gegen ihren Feind."[3] Die Strafe trat überall noch in der Form der Rache hervor. So unrichtig es ist, dem Recht der Rache ein sogenanntes Fehderecht unterzuschieben, vermöge dessen namentlich der Verletzer freie Wahl zwischen Krieg und Bußzahlung gehabt hätte,[4] so unzweifelhaft ist es doch, daß die Rache sich als die Grundlage des gesammten germanischen Strafrechts zeigt, und zwar mit einer Macht, wie wir sie in den Anfängen anderer Rechtsgeschichten nicht finden. Die Strafen, von denen Tacitus spricht, sind eben nur die Racheakte der verletzten Gemeinde. Ist nicht das Gemeinwesen unmittelbar, sondern nur ein Einzelner verletzt, so sieht zwar das Gemeinwesen sich hiebei keineswegs für unbetheiligt an, vielmehr wird die That als ein Bruch des Gemeindefriedens angesehen und dafür eine Buße zur Gemeinde gefordert; aber die nächste Folge einer solchen That ist die dem verletzten Einzelnen oder seiner Familie von der Gemeinde gestattete Privatrache, beziehungsweise eine an den Verletzten zu entrichtenden Geldbuße, welche die Rache vertritt, und deren Nichtzahlung wiederum Friedlosigkeit nach sich zieht. Friedlosigkeit und Rache schließen sich daher nicht aus, sondern fallen zusammen.

Das älteste System ist sehr einfach.[6] Jede verbrecherische That

[1] Wiener, Abh. aus dem Gebiete der Rechtsgesch. H. 2. S. 27.

[2] Franz. R.G. S. 158 f.

[3] Wilda, Strafr. der Germanen. S. 197. Wiener, a. a. O. S. 29.

[4] Rogge, Gerichtswesen der Germ. S. dagegen Eichhorn, R.G. I. §. 18. 76. Woringen, Beitr. S. 38 f. Wilda, S. 190 f. Waiz, deutsche Verf.-Gesch. I. S. 195 f.

[5] Germ. c. 12. Vgl. Wilda, S. 153 f. Waiz, I. S. 188 f.

[6] Hiernach kann ich mich weder mit Eichhorn, noch mit Woringen, Wilda, Waiz, Stein ganz übereinstimmend erklären.

macht friedlos, sei sie gegen die Gemeinde, oder gegen ein einzelnes Mitglied verübt. Aber die Friedlosigkeit erscheint nur in der Form der Rache, indem entweder die Gesammtheit rächend gegen den Verbrecher aufsteht, oder dem Verletzten oder seiner Familie die Rache gestattet. Auch die ältesten Quellen zeigen nun zwar neben den Friedbrüchen bloße Rechtsbrüche, d. h. Bußfälle. Aber diese Rechtsbrüche, in welche nach und nach fast alle Friedbrüche sich verwandelten, tragen kein neues Prinzip in sich; sie setzen nur die in der Friedlosigkeit vermengten Elemente der Verletzung des Allgemeinen und eines besondern Rechts geschieden heraus, indem theils an die Gemeinde, theils an den Verletzten eine Buße zu entrichten ist. Für den Fall der Nichtzahlung wird dann der Rechtsbruch von selbst wieder zum Friedensbruch; d. h. der Ungehorsame verliert nun seinen Frieden eben so gut, wie wenn er unmittelbar gegen das Gemeinwesen gefrevelt hätte. Bei Verbrechen, die unmittelbar gegen die Gemeinde begangen werden, tritt nie Buße ein. — Mithin hatte jenes älteste Recht weder den reinen Begriff des Verbrechens, noch den reinen Begriff der Strafe; gleichwohl aber trug es beide als Keime in sich, die nur entwickelt zu werden brauchten.

Es ist nicht denkbar, daß derselbe Gedanke, welcher schon das älteste Strafrecht der Germanen so charakteristisch auszeichnet, nicht auch in ihrem Strafverfahren sich ausgesprochen haben sollte. Dabei mag an folgende unzweifelhaft richtige Sätze von Stein[1] angeknüpft werden: „die äußeren Momente des Verfahrens geben zunächst den Grund ab, weshalb man den Prozeß des Staats in dem eigentlichen (d. h. in seinem Wesen aufgefaßten) Verbrechen auf das Inquisitionsprinzip, den Prozeß über das Verbrechen als Privatverletzung auf das Akkusationsprinzip zurückführen muß. So lange das letztere herrscht, so lange wird es kein ganz selbständiges Strafverfahren geben, sondern dieses nur eine Modifikation des Zivilprozesses sein. Die Bildung eines selbständigen Strafverfahrens ist mithin identisch mit dem Austreten der Inquisitionsmaxime, und diese hängt ab vom Begriffe des Verbrechens selbst. Dieser aber, selbst nur ein Ausfluß der Staatsidee, ist nur die Bezeichnung der Grenze für den Begriff des Staats in einem bestimmten Zeitpunkte; und so wird die Geschichte des Staatsbegriffs, des Begriffs von Verbrechen und Strafe, und des Inquisitionsprinzips selber uns identisch."

[1] a. a. O. S. 253.

Da nun Stein ganz richtig hervorhebt, daß schon das älteste germanische Recht auch im Privatverbrechen keineswegs bloß eine Privatverletzung, sondern zugleich einen dem Gemeinwesen abzubüßenden Bruch des Gemeindefriedens gesehen habe,[1] so ist unklar, wie er gleichwohl den Satz aufstellen kann, daß im freien germanischen Volksgerichte der reine Anklageprozeß gegolten haben müsse, da das freie Gericht seinem Wesen nach nur das Prinzip der reinen Verhandlung anerkenne.[2] Es ist dies um so unklarer, da er die Reaktion der Gemeinde gegen die wieder sie selbst begangenen Verbrechen sogar schon als eigentliche Strafe auffaßt,[3] hiebei aber doch wohl nicht an eine Privatanklage gedacht werden kann. Folgerichtig müßte er vielmehr schon für die germanische Zeit dasjenige anerkennen, was er erst für die Lehnsepoche aufstellt, daß es der Charakter des Strafverfahrens gewesen sein müsse, „das Anklageprinzip mit dem Untersuchungsprinzip so zu verschmelzen, daß die Formen des bürgerlichen Verfahrens auch für das Strafrecht giltig blieben, innerhalb derselben aber das Inquisitionsprinzip — zwar nirgends als Regel, allenthalben als regelnd — auftrat.“ In der That mußte dieses Schwanken zwischen beiden Grundlagen des Strafverfahrens schon den Charakter des ältesten Rechts bilden; ja noch mehr. Wenn die Idee des verletzten Allgemeinen das Untersuchungsprinzip bedingt, so kann der germanische Prozeß niemals das Anklageprinzip gehabt haben; sondern die anfänglichen Anklageformen können nur die Machtlosigkeit des noch nicht entwickelten Untersuchungsprinzips bezeichnen.

Man wende nicht ein, daß doch auch in Rom ein öffentliches Strafrecht bestanden und mit dem Anklageprinzip im Zusammenhang gestanden habe! Denn dies war nur im antiken römischen Staat (in der Republik) der Fall, und dieser war ein wesentlich anderer, als der germanische, sofern in jenem das Allgemeine nicht außer und über den Bürgern, sondern unmittelbar in sie ergossen und in ihnen sich darstellend gedacht wurde. Als der Begriff des Staats von dem des Bürgerthums sich abzulösen und zunächst in der Person des Kaisers ein eigenes Dasein zu erhalten begann, wich auch in Rom das Anklageprinzip dem Untersuchungsprinzip, wenn gleich letzteres (dem allgemeinen

[1] a. a. O. S. 161.
[2] a. a. O. S. 256. 257.
[3] Ebend. S. 160.

Charakter jener zwitterhaften Uebergangszeit aus der alten in die neue Welt gemäß) die Formen des alten Rechts nicht vollständig zu durchdringen und zu überwinden im Stande war. Im germanischen Rechte dagegen trat der Staat von vornherein als eigenes Dasein hervor, was sich in unserem Gebiete augenscheinlich genug in der Buße zeigt, die auch bei Privatverbrechen neben der Privatbuße an die Gemeinde zu entrichten ist. [1]

Daß der Strafprozeß der römischen Kaiserzeit trotz der bestehenden Anklageform vom Untersuchungsprinzip beherrscht sei, [2] ist von allen gründlicheren Forschern, die sich nicht an Nebendinge halten, anerkannt. Neuerdings wird es wieder von Mittermaier [3] in Abrede gezogen, aber in solcher Weise, daß die Behauptung durch die Ausführung selbst offenbar widerlegt wird. Noch viel verkehrter ist es jedoch, wenn dieser und andere Schriftsteller (namentlich Zachariä) beim germanischen Strafverfahren auf die anfangs vorkommende Anklageform ein ungebührliches Gewicht legen. Mittermaier selbst übrigens hat Takt genug, um im nämlichen Satze beizufügen: „allein die Elemente des nachmals ausgebildeten Untersuchungsverfahrens finden sich eben so früh schon im germanischen Verfahren." In der That führt er auch für das vermeintliche germanische Anklageprinzip weiter nichts an, als das Kompositionssystem und den Zweikampf des alten Rechts. Allein bekanntlich entscheidet das Bußsystem gar nichts, da gewiß ist, daß neben der Buße für das verletzte Einzelrecht immer auch ein Friedensgeld entrichtet wurde, und der Zweikampf ist ein Beweismittel, das mit beiden Prinzipien sich verträgt. [4]

Allerdings darf aber nichts weiter behauptet werden, als daß das Untersuchungsprinzip als Keim im germanischen Strafverfahren gelegen habe. Denn gewiß ist, daß nicht nur bei den Verbrechen gegen die Person das privatrechtliche Moment neben dem staatlichen stand, sondern auch

[1] Eichhorn freilich bleibt (5. Aufl. I. S. 395. N. f.) bei der Ansicht, daß nicht alle Verbrechen einen Friedensbruch enthielten. S. aber Waiz, I. S. 193.

[2] S. schon Matthaeus, de crim. ad libr. 48. tit. 20. c. 1. Biener, Beitr. S. 10—15. Abh. 2. S. 64. 69. Geib, S. 99 f. 257 f. 313. 521.

[3] Strafverf. I. §. 31. Vgl. meinen Art. in den Jahrb. der Gegenw. 1843. Nr. 6—11. 41—48. und strafrechtl. Fragen der Gegenwart. 1. St. S. 17—20.

[4] Strafrechtl. Fragen der Gegenwart. 1. St. S. 21. 22.

die Angriffe gegen die Gemeinde selbst noch nicht die Strafe im eigentlichen Sinne, sondern die Rache der Gemeindegenossen hervorrief, die sich als Ausstoßung aus dem Frieden bethätigte. Ein so höchst einfaches Gemeinwesen, das wesentliche Staatspflichten noch den Einzelnen und dem Geschlecht zur Besorgung überlassen mußte,[1] war natürlich nicht im Stande, Institutionen zu schaffen, die eine weit größere Ausbildung desselben vorausgesetzt hätten. Es mußte sich damit begnügen, dem Verletzten oder seinem Geschlechte durch Friedloslegung des Verbrechers die Legitimation zur Vollziehung der Privatrache zu ertheilen, oder die Friedlosigkeit als Folge der Verweigerung der Bußzahlung eintreten zu lassen. Gewiß aber darf auch diese schwache Thätigkeit des Allgemeinen nicht geradezu ignorirt und der bloß dem Grade nach verschiedenen Thätigkeit des mit der Eroberung entstandenen königlichen Beamtenthums als ein völlig Anderes entgegengesetzt werden, wie dies von Stein[2] geschieht.

Auch die germanische Gemeinde hatte obrigkeitliche Gewalt über ihre Mitglieder;[3] sie wußte sie nur noch nicht auf angemessene Weise geltend zu machen. Für die geschichtliche Forschung beruht aber die Aufgabe darin, auch die dürftigen Anfänge der Erscheinung des Untersuchungsprinzips aufzusuchen, die selbst in der ältesten Gestalt der germanischen Strafrechtspflege nicht fehlen. Sie sind zu finden in der immer größeren Ausdehnung der Klagberechtigung, womit sich die fortschreitende Beschränkung der gütlichen Vergleiche hinter dem Rücken des Volksgerichts verband,[4] in der Ausdehnung des gedachten Rechts über den Kreis der Familie hinaus auf die Gerichtsvorstände, auf jeden Dinggenossen,[5] späterhin auf die königlichen Beamten.[6] In allem diesem liegt die bestimmte Absicht des Staats, sich der Reaktion gegen Verbrechen anzunehmen, — die erste, freilich noch unreife, aber in den damaligen Verhältnissen allein mögliche Aeußerung des Untersuchungs-

[1] Rogge, S. 6. 13. 144 f. R. Schmid im Hermes XXXII. S. 247 f. Waiz, I. S. 201—216. Paulssen, de ant. populor. jur. hereditar. nexu. S. I. Kraut, Vormundschaft.

[2] Franz. R.G. S. 163.

[3] Waiz, I. S. 186. v. Sybel, S. 59—61.

[4] Grag. I. p. 344. 348. 359. II. p. 66. 76. 96. Wilda, S. 207—209.

[5] Grag. II. p. 70. 76. 106—108.

[6] L. Sal. c. 63. §. 3. L. Bajuv. III. 13. §. 1. 14. §. 3.

prinzips.[1] Diese frühen Erscheinungen eines Prinzips, welches das hochgebildete römische Recht nicht mehr sich ganz zu unterwerfen vermochte, zeigen deutlich, wie verkehrt es ist, dem germanischen Rechte das Anklageprinzip aufzubürden, da vielmehr die Rede nur davon sein kann, daß der germanische Gemeindestaat noch zu wenig entwickelt war, als daß er sein Interesse an der Bewahrung des Friedens auf angemessenere Weise hätte bethätigen können.[2]

Nachdem nun durch Wanderung und Eroberung nach und nach bei allen germanischen Stämmen die Grundlage der alten Verfassung verloren gieng und das von romanischen Einflüssen genährte Königthum an die Spitze der politischen Entwicklung trat, da hatte es wohl den Anschein, als müsse nun auch das Strafrecht ein neues Prinzip erhalten. Indessen ist die Bedeutung des Königsthums für die Entwicklung des Strafrechts nur der Ausdruck für die zwitterhafte Natur dieses neuen Staatsgebäudes überhaupt geworden. Zunächst war jetzt allerdings die Idee des Staats im Königthum und dem von ihm ausgehenden Beamtenthum personifizirt, und es war natürlich, daß der positiv auftretende Staat sich mit dem alten Systeme der Friedlosigkeit nicht mehr begnügen konnte. Der Gemeindefrieden wich dem Königsfrieden, d. h. die Unverletzlichkeit der Einzelnen war nicht mehr durch die Gemeindeverfassung bedingt, sondern ihre Bewahrung wurde zur Aufgabe des Königthums und seiner Beamten.[3]

Allein das Charakteristische dieses Königsthums lag gerade in seiner Doppelnatur. Allerdings nämlich vertrat es einerseits den Staat; aber neben dem staatlichen hatte es ein privatrechtliches Element, das die volle Entwicklung des ersteren fortwährend hinderte. Die Begriffe von Königsfrieden und Königsrecht, und hiemit von Staat und Person des Königs floßen überall durcheinander.[4] Am schlagendsten trat dies in der massenhaften Vergabung der wesentlichsten Hoheitsrechte hervor, welche die Könige ebenso wie ihre Domänen an die geistlichen und weltlichen Großen austheilten.[5]

[1] Wilda, S. 213. 214. Unger, altdeutsche Ger.Verf. S. 103. 104. 143—146.

[2] Vgl. Wilda, S. 210.

[3] Stein, franz. R.G. S. 163—165.

[4] Wilda, S. 253—264. 469—483.

[5] v. Sybel, Entstehung des deutsch. Königth. S. 267.

Dasselbe Zwitterverhältniß machte sich aber auch in der Strafrechtspflege geltend. Einerseits galt auch hier der König als Vertreter des Staats, für die Quelle der Justizgewalt. Damit hieng denn zusammen, nicht daß jetzt überhaupt erst eine germanische Obrigkeit und ein mit obrigkeitlichen Rechten sich umgebendes Gericht entstanden wäre, wohl aber daß die auf die neue Staatsidee sich stützenden Gerichte allerdings mit stärkeren obrigkeitlichen Rechten sich umgaben, als die alten Volksgerichte,[1] wie denn auch die richtende Gemeinde den gekorenen Schöffen weichen mußte, die unter dem Einflusse der königlichen Beamten standen.[2] Die unsühnbaren Thaten der alten Zeit wurden daher jetzt als wirkliche Verbrechen aufgefaßt, die causae majores mit öffentlichen Strafen an Leib und Leben bedroht, und das Königthum zeigte fortwährend das Bestreben, die Fehden abzuschaffen und deshalb die Erlegung der Bußen durch strenge obrigkeitliche Maßnahmen zu erzwingen.[3] Die Beamten wurden mit der Exekution derselben aus dem Gute des zahlungsfähigen Verbrechers beauftragt; der nicht zahlungsfähige Verbrecher wurde mit wirklichen Strafen an Leben, Leib, Ehre und Freiheit bedroht. Wenn aber hiemit allerdings das Königthum als Vertreter der Staatsidee erscheint, so ist dies doch nur die Idee eines unvollendeten Staats, dessen Strafrecht zunächst nur als Surrogat, beziehungsweise als Accessorium der Privatgenugthuung auftritt.[4] Ebenso wenig ferner, als bei der größeren Mehrzahl der Verbrechen das verletzte Allgemeine und die verletzte einzelne Persönlichkeit mit gehöriger Bestimmtheit auseinder gehalten wurden, — ebensowenig wurde jenes verletzte Allgemeine und sein sichtbares Organ, die Person des Königs auf die rechte Weise auseinander gehalten. Vielmehr wurde die Buße für den gebrochenen Frieden gleichsam als eine Privatforderung behandelt, die der König für eine Verletzung seiner selbst zu machen habe. Dies liegt offenbar darin, wenn Bußen für verletzte Privatrechte des Königs als Friedensgelder angesehen wurden, und wenn man umge-

[1] S. schon L. Sal. I. 1. Waiz, Recht d. Salier. S. 154. 155.

[2] Théorie des loix polit. VII. p. 50. 203. 204. Unger, altdeutsche Ger.Vf. S. 169 f. Maurer, Gesch. des altd. Ger.Verf. S. 65 f.

[3] Wilda, S. 484 f. Waiz, R. d. Salier. S. 185—202. Verf.Gesch. II. S. 135—143.

[4] Diese Seite kommt bei Wilda und Waiz nicht zu ihrem vollen Recht.

kehrt das alte Friedensgeld nun als Königsbuße bezeichnete.[1] Bei dieser einfachen Verwechslung der Begriffe blieb man jedoch nicht stehen. Nicht nur, daß der König jetzt das Geld für den gebrochenen Frieden zu seiner Kammer einzog, — auch die Fälle, in denen Königsbuße gegeben werden mußte, erschienen jetzt als Königsbannsfälle, d. h. die Idee des Staats wurde vom Königthum absorbirt, und der Wille des Königs wurde die höchste Instanz, für welche daher auch der auf dem Königthum begründete Beamtenorganismus keine absolute Schranke war.[2] Der König konnte diesen nicht nur mannigfach, direkt und indirekt (durch Verleihung von Immunitäten) durchbrechen, sondern es entstand durchweg eine Verwirrung in den Elementen seiner Gewalt. Wie das accessorische Friedensgeld bei den Privatverbrechen sich in Königsbuße verwandelte, so erschien folgerichtig auch das subsidiarische Strafrecht für diese Fälle als eine Sache, über welche der König verfügen könne,[3] solange nur der verletzte Einzelne zu seinem Rechte komme. Daher konnte der König die angedrohte öffentliche Strafe in Buße verwandeln, er konnte dem Verbrecher die Lösung von Leib und Leben um Geld gestatten,[4] sobald nur dieser es aufzubringen vermochte. Was aber hier nur möglich war, soweit die Privatkomposition entrichtet werden konnte, das war ohne Beschränkung möglich bei den unsühnbaren Thaten. Einerseits bedrohte der König diese als Vertreter des Staats mit öffentlichen Strafen an Leib und Leben; andererseits aber hinderte ihn nichts, auch hier die Strafe mit Geld lösen zu lassen, den Friedensbruch in einen Rechtsbruch (gleichsam einen Bruch seines Rechts) zu verwandeln. Eben dies ist es, was die karolingischen Herrscher so vielfach im Gegensatz gegen die merovingischen gethan haben, und was die Willkühr und Unstätigkeit in der Abgrenzung der causae majores und minores erklärt,[5] während andererseits der Unfug der Fehde sich immer fort erhielt.

In diesem karolingischen Strafrecht entwickelte sich mithin der schon früher vorhandene Gegensatz des staatlichen und des privatrechtlichen

[1] Wilda, S. 469—483. Vgl. S. 351. N. 3. S. 450—452. v. Woringen, Beitr. S. 154. 161. 162.

[2] Wilda, S. 490—493.

[3] S. z. B. Capit. Saxon. c. 9.

[4] Capit. II. 813. c. 13.

[5] Wilda, S. 276. 277. Vgl. S. 99—104. 113. 114.

Moments zum entschiedenen Widerspruch, indem er sich in den Träger der Staatsidee selbst verlegte.[1] Die Rache der alten Gemeinde für gegen sie selbst begangene Verbrechen hatte unmittelbar die Form der wahren Strafe (daher auch Tacitus sie so auffassen konnte), wenn auch nicht den Gedanken derselben. Das öffentliche Strafrecht des Königthums dagegen hatte diesen Gedanken, wußte ihn aber nicht bestimmt zu fixiren, da ihm das politische und das privatrechtliche Moment seiner Befugnisse stets in einander floßen. Der Widerspruch war daher ein allgemeiner; er bezog sich nicht allein, wie Stein meint, auf die sühnbaren, sondern auch auf die unsühnbaren Thaten. In dieser unentwickelten und widerspruchsvollen Gestalt wurde das germanische Strafrecht den Nationalitäten überliefert, die aus der Auflösung der germanischen Universalmonarchie zur Gründung neuer Staaten hervorgiengen.

Fragt man nun, wie unter diesen Umständen das Strafverfahren sich gestaltet haben müsse, so ergiebt sich die Antwort von selbst: so weit, als eben im Königthum und dem darauf begründeten Beamtenorganismus die Staatsidee sich positiv durchzusetzen vermochte, ebensoweit mußte unfehlbar auch das Untersuchungsprinzip Fortschritte in seiner Entwicklung machen; in demselben Maße aber, in welchem jene Monarchie einen noch unvollendeten Staat darstellte, mußte auch der gedachte Fortschritt auf Hinderniße stoßen.

War es die Eigenthümlichkeit jenes Staats, daß seine Einheit als personifizirt im Königthum vorgestellt wurde, ohne daß sie innerhalb dieser Vereinigung ihre ideale Substantialität zu bewahren gewußt hätte,[2] so ist nichts natürlicher, als daß als Organ für die erhöhte Thätigkeit des Staats in Beziehung auf Verfolgung und Bestrafung von Verbrechen zunächst das Königthum selbst hervortrat. In der That legten sich die Könige eine sehr starke Strafgewalt bei, die sie nicht selten mit äußerster Willkühr ohne Urtheil und Recht ausübten.[3] An die Spitze der Verbrechen ward das Majestätsverbrechen gestellt.[4] Wo aber auch das Königthum nicht als maßlose Willkührgewalt auftrat, erscheint es doch jedenfalls als die schützende nnd schirmende Gewalt. Eine seiner

[1] Dies ist von Stein S. 163 f. nicht vollständig eingesehen.

[2] v. Sybel, S. 265—267.

[3] Stellen bei Waiz, II. S. 135. Not. 2—4.

[4] l. Rip. 69, 1. L. Alam. 24. 25. l. Bajuv. II. 1. §. 3. l. Sax. 3, 1. Capit. Paderb. 785. c. 11.

Hauptaufgaben ist, gerecht zu richten, für gerechte Beamte zu sorgen, Uebelthaten und Gewalt zu unterdrücken.[1] Gerade auf dem Gebiete der Rechtspflege dehnte sich der Einfluß des Königs fortwährend aus, an die Stelle gewählter Volksbeamten traten die seinigen als Leiter der Gerichte, und die richtenden Schöffen wurden unter dem Einfluß der letzteren gewählt.[2] Die gesetzgebende Thätigkeit gieng wesentlich vom Könige aus. Auf das Königthum begründete sich aber ferner eine kräftige, zusammenhängende Behördenorganisation.

Vor Allem war es das Amt des Grafen,[3] welches vom König die höchste Gewalt im Gau zur Ausübung empfieng. Seine Pflichten waren vornämlich Sorge für Recht und Gerechtigkeit, für Frieden und Ruhe, Schutz der Schwachen und Hülfsbedürftigen, Unterdrückung der Missethaten. „Eine starke Gewalt war dem Grafen besonders dadurch gegeben, daß ihm die Vollziehung der meisten Strafen oblag und daß er gegen Missethäter aller Art einzuschreiten hatte. Es genügte nicht der Zustand des alten deutschen Rechts, wornach jedes (?) Verbrechen des Anklägers wartete, und wo dann das Urtheil selbst in der Versammlung des Volkes gesprochen wurde. Wie die Könige sich selbst eine weitergehende, sogut wie unbeschränkte Strafgewalt beilegten, so übertrugen sie auch auf ihre Diener Befugnisse ähnlicher Art, und forderten von ihnen ein Einschreiten von Amtswegen gegen alle, welche der öffentlichen Sicherheit gefährlich erschienen.[4] Nach dem Gesetz des Königs Childebert soll der Graf, in dessen Gau ein Frevel vollführt ist, sich an die Spitze der Verfolgung setzen und den Uebelthäter vom Leben zum Tode bringen. Erfährt er, daß ein Räuber sich in seinem Distrikte befindet, so soll er zu dessen Hause gehen und ihn binden; und, ist derselbe ein Franke, so soll er vor den König geführt werden, um sein Urtheil zu empfangen; eine Person geringeren Ansehens aber wird auf der Stelle gehängt. Läßt der Graf einen gefangenen Räuber frei, so soll er selbst mit dem Leben büßen, damit die Zucht strenge aufrecht erhalten werde. Damit hängt es zusammen, daß dem Grafen überhaupt polizeiliche Gewalt beigelegt ist, daß er den verdächtigen Mann ohne Weiteres zur Haft bringen läßt, daß alle Ge-

[1] Marc. I. 8. 25. 36.

[2] Unger, altdeutsche Ger.Verf. S. 141 f. 173–176. 195—200. 211.

[3] Waiz, Vf.Gesch. II. S. 320 f.

[4] Vgl. Capitul. 826. c. 4. und Capitul. II. 802. c. 23. Biener, Beitr. S. 131.

fangenen unter seiner Aufsicht stehen und daß, wenn eine Exekution nöthig ist, diese auf sein Geheiß erfolgt."[1] Dabei ist wohl zu beachten, daß das fränkische Komitat sich an römischen Einrichtungen sein Vorbild nahm,[2] und es ist bekannt, daß die römischen Statthalter in der Kaiserzeit bedeutende inquisitorische Befugnisse erhalten hatten. Der Graf zog ferner die Bußen und Friedensgelder ein und erhielt daraus theilweise seine Besoldung.

Der Centenar scheint zwar in fränkischer Zeit noch Volksbeamter und auch in karolingischer Zeit bei seiner Ernennung dem Volke noch der wesentlichste Antheil eingeräumt gewesen zu sein. Doch wird auch dieses Amt schon unter den Merovingern zu inquisitorischen Zwecken gebraucht; so vornämlich in jenen Gesetzen der Könige Childebert und Chlotachar II.,[3] welche auf die Eintheilungen des Landes in Hundertschaften Maßregeln für die öffentliche Sicherheit gründeten, die man mit der vermeintlichen Gesammtbürgschaft in Verbindung hat setzen wollen. Es sollte nämlich bei zunehmender Unsicherheit des Eigenthums eine gewisse Garantie gegen Diebstahl und Raub von den Gemeinden selbst übernommen werden, in der Art, daß die Hundertschaft, innerhalb deren ein solches Verbrechen begangen wäre, den Werth der gestohlenen Sache ersetzen und dann derselben nachspüren sollte. Eben dies sollte unter Leitung des Centenars geschehen, dem überhaupt aufgegeben war, Uebelthäter zur Strafe zu bringen. Allerdings zeigt aber gerade die angeführte sicherheitspolizeiliche Einrichtung, daß man sich mit der amtlichen Einschreitung der Beamten keineswegs viel geleistet denken darf, daß daher noch andere Auskunftsmittel nöthig waren, um für das Untersuchungsprinzip Boden zu gewinnen. Schon oben ist auf mehreres Hierhergehörige aufmerksam gemacht, namentlich die frühe Ausdehnung der Klagberechtigung auf Verwandte, Vormünder und andere Vertreter, auf die Gerichtsvorstände, und letzlich auf alle Dinggenossen, das Verbot von Vergleichen ohne Wissen des Gerichts, u. s. f.[4] Das eventuelle Klagrecht der Beamten zeigt sich namentlich auch in deutschen Gesetzen, und besonders merkwürdig ist eine fränkische Verordnung,[5]

[1] Waiz, II. S. 327—329.

[2] Waiz, II. S. 324. 329, f. zwar auch S. 403 f. Vgl. aber v. Sybel, Entstehung des deutsch. Königthums.

[3] Decr. Childeb. c. 11. 12. Decr. Chlot. c. 1. 8. Pertz, Legg. I. p. 10. 11. Wilda, S. 73. Waiz, I. S. 270 f. II. S. 283.

[4] Wilda, S. 212 — 223.

[5] Chlodovechi, R. capitula pacto l. Sal. add. c. 9. Pertz, Ll. II. p. 5

welche dem Beamten, falls ein Leichnam an der Landstraße oder zwischen zwei Ortschaften gefunden werde, aufgiebt dafür zu sorgen, daß die Verwandten herbeikommen, um den Leichnam anzuerkennen; geschehe dies nicht, so bleibe die Sache gleichwohl nicht hinstehen, sondern die Bewohner jener Ortschaften müssen auf Erfordern einen Eid dahin leisten, daß sie weder selbst den Todtschlag begangen haben, noch wissen, wer der Thäter sei, sonst aber den Todten vergelten. Wilda bemerkt dazu, man dürfe schwerlich den ganzen Inhalt dieses Gesetzes für eine neue Verfügung des Frankenkönigs halten, da ganz ähnliche Bestimmungen schon in den schwedischen Landrechten vorkommen. Mit Recht fügt er bei, daß von einer vermeintlichen Gesammtbürgschaft hier nicht die Rede sei, wogegen man allerdings hier die Pflicht der Gemeinde hervortreten sehe, möglichst dafür zu sorgen, daß Verbrechen nicht ungestraft bleiben. Uebrigens verfällt auch Wilda[1] hier in den Irrthum, das Untersuchungsprinzip als solches mit dem inquisitorischen Verfahren des gemeinrechtlichen Prozesses seit dem 16. Jahrhundert zu verwechseln. —

Eben an die Verantwortlichmachung der Gemeinde knüpft sich nun aber ein weiteres, geschichtlich sehr folgenreich gewordenes Mittel zur Durchführung des Untersuchungsprinzips an, — nämlich die allen oder gewissen Gemeindegenossen auferlegte Verpflichtung, alle oder doch gewisse Verbrechen, deren Begehung zu ihrer Kunde gekommen wäre, anzuzeigen. Eine Verpflichtung dieser Art sprach für die juniores das Kapitulare I. 802. c. 25 aus; die Sache bleibt dieselbe ob man unter den juniores die Schöffen, oder besondere Unterbeamte versteht.[2] Auch die Missi sollten bei ihren Untersuchungen in Betreff der Amtsführung der regelmäßigen Beamten in jeder Grafschaft eine Anzahl Männer auswählen und diese auf ihre beschworene Unterthanenpflicht hin zum Rügen aller unerlaubten Bedrückungen nach Inhalt ihrer Instruktion anhalten.[3] Aehnliche Bestimmungen finden sich im Longobardischen Recht,[4] auf welche hin schon Gandinus behauptet hat, daß nach diesem Recht

[1] S. 214.

[2] Wigand, Vehmgericht. S. 66. 284—290. Biener, Beitr. S. 129 f. Vgl. Unger, altd. Ger.Verf. S. 402—406. v. Daniels, Ursprung und Werth der Geschworenenanstalt. §. 6.

[3] Capit. 828. c. 3. Vgl. Capit. II. 802. c. 23. Cap. syn. ap. Caris. 857. c. 2. 4—6. 8. Capit. 873. c. 7.

[4] Leg. Longob. Pipini c. 9. Lothar. c. 3.

in allen Fällen Inquisition stattfinden könne.[1] Auch spätere Kapitularien weisen auf jene Einrichtung hin, indem z. B. im Capit. de missis ap. Silvacum. 853. den Missi theils die Anweisung aller Unterthanen zur Anzeige von Raub, Diebstahl und assalitura, theils, wie es scheint, amtliche Untersuchung bei Brand, Mord und assaliturae in domos vorgeschrieben ist. Eigentliche öffentliche Ankläger kommen zwar auch in der karolingischen Zeit nicht vor. Doch finden sich in den zu den longobardischen Gesetzen beigefügten Formeln sogenannte advocati de parte publica, welche Staatsverbrecher als Ankläger verfolgen und Fehler gegen die öffentliche Ordnung, z. B. verweigerte Auslieferung von Räubern anklagen.[2]

Allein es ergiebt sich schon aus dem Angeführten, daß der Staat und sein Beamtenthum nur erst sehr mangelhafte Organe des Untersuchungsprinzips waren. Daß sie es nicht in höherem Maße sein konnten, lag in dem hier nicht näher zu erörternden Wesen des fränkischen und des karolingischen Königthums überhaupt.[3] Die germanische Nation war für einen in seiner eigenen Idee ruhenden Staat, wie er der Verfassung Karls d. Gr. zu Grunde lag, noch nicht reif; die Idee des Staats mußte erst durch ihre Personifikation im Fürsten ersetzt werden. Persönliche Unterordnung, Gefolge-, Schutz- und Lehnstreue, privatrechtliche, ins öffentliche Recht übergetragene Verhältnisse wurden das zusammenhaltende Band für die in eine Hierarchie von Ständen sich gliedernde Gesellschaft.[4] Jener Staat war überwiegend auf romanischer Grundlage errichtet, und, wie er die auseinanderstrebenden Stammnationalitäten nicht zu verschmelzen vermocht hatte, so hatte er auch gerade den Grundgedanken des germanischen Rechtslebens, wornach das Recht und sein Quantum auf dem Besitz und seinem Maße beruhte, nicht direct in seine Verfassung aufgenommen. Er mußte die Fortwirkung dieses Grundgedankens als eine an seiner eigenen Auflösung arbeitende Macht innerhalb seiner selbst dulden, ja befördern. In der That zerfiel er auch bald genug nicht nur in mehrere besondere Reiche; sondern innerhalb dieser zersetzte er sich selbst.

[1] Biener, Beitr. S. 132. N. 52.
[2] Biener, eb. S. 133.
[3] S. meine Abh. in der Zeitschr. für deutsch. R. XII. 1. S. 33 f.
[4] v. Sybel, S. 267. Stein, S. 14. 15. 30—34. 41—257. Vgl. Eichhorn, R.G. I. §. 158. II. §. 209. 223.

Es ist mithin ganz natürlich, daß in diesem Staate von einer selbstkräftigen Entwicklung des Untersuchungsprinzips nicht die Rede sein konnte. Nicht allein, daß er hiezu in sich selbst noch viel zu unentwickelt war, da die Vereinigung der verschiedenen Staatsgewalten in Einer Hand das Prinzip der Verfassung bildete,[1] und namentlich das Grafenamt in der Strafrechtspflege neben seinen vielen andern Obliegenheiten[2] so Verschiedenartiges fast allein zu besorgen hatte und deshalb unmöglich eine stetige inquisitorische Thätigkeit entwickeln konnte, — die den Grafen übertragene Staatsgewalt wurde von ihnen begreiflicher Weise ebensowenig in systematisch stetiger Weise verwaltet, als dies vom Könige selbst geschah. Konnte die Ausübung des Justizhoheitsrechts in der Hand des Königs von der Trübung durch privatrechtliche Vorstellungen sich nicht rein erhalten, so konnte sie auch auf seine Stellvertreter nur eben in dieser Weise übertragen sein. War ferner für diese die Idee des Staats im König personifizirt so mußte ohne Zweifel die Pflicht zur amtlichen Verfolgung von Verbrechen bei ihnen nur eben dann zur Ausübung kommen, wenn sie wußten oder glauben konnten, daß dem König besonders daran liege, mithin mehr nur auf tumultuarische Weise. Für Deutschland kam insbesondere hinzu, daß hier die eigene Natur der Stämme nicht gebrochen, daher auch weder das Königthum so fest gewurzelt, noch namentlich das Beamtenthum so sehr die allesbestimmende Macht geworden war, wie es auf französischem Boden stattgefunden hatte.[3] In den deutschen Provinzen hatte sich das alte System der freien Volksgemeinden auf geschlossenen Feldmarken in viel größerem Umfang und in dichteren Massen erhalten; daher wurde hier die Einwirkung des romanisch gearteten Königthums erst später und weder in demselben Umfang, noch in derselben Stärke empfunden, wie in den westfränkischen Ländern. Begreiflicher Weise erhielt sich daher im Verhältnisse mehr vom alten Volksrechte, als dort. Es ist aber natürlich, daß hier das königliche Beamtenthum, das dem Volke zu fern stand, weit weniger Sympathieen und Gelegenheit zur Machtentwicklung fand. Unfehlbar äußerte sich dies aber auch darin, daß man fester an dem Grundsatze hielt, daß die Verfolgung des Verbrechens in der Regel zunächst

[1] Pardessus, loi Sal. p. 571.
[2] Waiz, Vf.Gesch. II. S. 406—408.
[3] Stein, S. 25. S. aber auch Waiz, II. S. 406. Not. 1.

ein Recht des Verletzten und seiner Nächsten sei, wie man denn auch in nordischen Rechten einer eifersüchtigen Begrenzung des aushilflichen Anklagerechts der königlichen Beamten begegnet.[1]

Immerhin aber hatte das Untersuchungsprinzip Boden gewonnen, und dies war um so bedeutender, je entschiedener „das Recht der Anklage, welches dem Könige als Träger der Volksgewalt und in seinem Namen den Beamten zustand, aus einem Rechte, wovon sie Gebrauch machen konnten und dessen Geltendmachung besonders durch das damit in Verbindung stehende fiskalische Interesse gefördert wurde, sich ähnlich, wie es bei der germanischen Vormundschaft überhaupt der Fall war, in eine Pflicht verwandelte, welche geübt werden sollte.“ Mit Recht weist Wilda[2] darauf hin, daß die gedachte Entwicklung des germanischen Rechts hauptsächlich durch den Einfluß des Christenthums gefördert worden sei, und so ist es denn hier am Platz, der Kirche und ihrer Einwirkung zu gedenken.

Als hinlänglich bekannt ist vorauszusetzen,[3] welche ungemein bedeutende Stellung die Kirche überhaupt in dem großen germanischen Reiche Karls d. Gr. einnahm. Nicht leicht ist aber ihr Einfluß auf das weltliche Recht in irgend einem Rechtstheile wirksamer gewesen, als im Strafverfahren. Es liegt in der Natur der Sache, daß die Kirche vorzugsweise auf die Durchführung des Untersuchungsprinzips bedacht sein mußte.[4] Bei ihr, die sich mit bewunderungswürdiger Sicherheit immer mehr zum Staate abschloß, war aber der Fortschritt dieses Prinzips ebenso erleichtert, wie er bei dem mehr und mehr in privatrechtliche Elemente und Formen sich zersetzenden Staate erschwert war (während das Königthum das alte Friedensgeld in Königsbuße verwandelte, wußte die Kirche Bußgelder, die sie zu fordern hatte, in wahre Friedensgelder zu verwandeln).[5] Obwohl daher die Kirche anfänglich nur das römische Anklageverfahren aufgenommen hatte, so kam es doch bald zur Ausbildung eines amtlichen Verfahrens gegen einen in üblem Ruf Stehenden behufs der Anwendung des kirchlichen Reinigungseides,[6]

[1] Wilda, S. 219—221.
[2] Eb. S. 222. 223.
[3] S. meinen Art. in der Zeitschr. für deutsch. R. XII. 1. S. 52—55.
[4] Biener, Abh. 2. S. 32.
[5] Wilda, S. 528—530.
[6] Hildebrand, die purg. canon. und vulg. S. 36 f.

und es ist bekannt, wie dieses Verfahren zum eigentlichen Inquisitionsprozesse sich weiterhin ausbildete. Bedenkt man nun, welche umfassenden Mittel der Kirche zu Gebot standen, um auf das weltliche Recht Einfluß, ja die Herrschaft über dasselbe zu gewinnen,[1] so ist es von der höchsten Wichtigkeit, sich die verschiedenen Formen zu vergegenwärtigen, in welchen die Kirche das Untersuchungsprinzip durchzuführen sich bestrebte. Dieselben lassen sich auf zwei Hauptformen[2] zurückführen und die Anschließung an die eine oder die andere von diesen hat bei den verschiedenen europäischen Völkern die ganze fernere Entwicklung ihres Strafverfahrens bestimmt.

Beide Formen lagen im fränkischen Reiche schon bereit, das Verfahren von Amtswegen und das Rügeverfahren. Jenes, das schon im römischen Kaiserrechte die bedeutendsten Anknüpfungspunkte gefunden hatte, wurde bekanntlich durch Innocenz III. zu dem eigenthümlichen System des kanonischen Inquisitionsprozesses ausgebildet, und erscheint somit als die spezifische Schöpfung der Kirche.[3] Dagegen schloß sich das Rügeverfahren an die nationale germanische Rechtsanschauung an.[4] Die kirchliche Schöpfung nun[5] beherrschte das Recht der romanischen Länder, Italien und Spanien; das germanische Rügeverfahren wurde die Grundlage der weiteren Entwicklung in denjenigen Rechten, welche den germanischen Typus am reinsten bewahrten, dem englischen und den nordischen. In Frankreich und Deutschland gewann die kirchliche Schöpfung Boden, ohne das germanische Element völlig verdrängen zu können.

Beide Formen unterscheiden sich dadurch, daß die eine den Staat durch seine Beamten unmittelbar bei der Verfolgung des Verbrechens betheiligte und das Volk von aller Thätigkeit dabei ausschloß, während die andere die amtliche Einschreitung von einer durch die Volksgenossen erhobenen Rüge abhängig machte, mithin ein volksthümliches Element enthielt, das der ersteren fehlte. Es liegt in der Natur der Sache, daß die Kirche bei dem volksthümlichen Verfahren sich auf die Dauer

[1] Stein, S. 303—346.

[2] Mit Unrecht wirft Möhl, Geschworenenger. S. 43. beide zusammen.

[3] Biener, Beitr. Ders. Abh. 2. S. 64—67. Vgl. strafr. Fragen der Gegenw. St. 1. S. 27.

[4] Das Umgekehrte nimmt Möhl, Geschworenenger. S. 22 f. an.

[5] Vgl. Stein, S. 408 f.

nicht befriedigt finden konnte, sondern früher oder später zu jener abstrakteren Ausbildung des Prinzips der amtlichen Einschreitung fortschreiten mußte. So eigenthümlich nun aber auch das von ihr ausgebildete Inquisitionsverfahren ist und so sehr dasselbe sich von der Anklageform des römischen Rechts unterscheidet, so ist man gleichwohl berechtigt, in dem kirchlichen Untersuchungsprozeß nur eine höhere Ausbildung des schon in dem römischen Kaiserrechte zur Anerkennung gelangten (wenn auch nicht folgerichtig durchgeführten) Untersuchungsprinzips zu sehen. Die Kirche selbst lebte nach römischem Rechte; so nahm sie denn auch für die Vergehen der Geistlichen eben nur die Form des Verfahrens auf, die sie zunächst im römischen Recht vorfand, d. h. die Anklageform. Zwar wurde nun auch das Rügeverfahren mit Reinigungseid auf Vergehen der Geistlichen angewandt. Allein dies gehört eben nur zu den mancherlei klugen Einräumungen, welche die Kirche den Sitten und Gewohnheiten der Völker, unter welchen sie auftrat, machte. Daß sie namentlich den germanischen Reinigungseid bei Verbrechen der Geistlichen nur sehr ungern duldete, ist von Biener ausführlich nachgewiesen. [1] Auch hatte die Einführung des kirchlichen Inquisitionsverfahrens ausgesprochenermaßen den Zweck, eine schärfere disziplinarische Aufsicht auf die Geistlichen, besonders auch des höheren Ranges auszuüben, und die Geistlichen der weltlichen Jurisdiktion ganz zu entziehen, d. h. die Kirche auch in diesem Rechtstheile zu einem Staate mit eigenthümlichem Rechte abzuschließen. [2] Ganz natürlich war es daher auch, daß man später die kirchliche Schöpfung aus dem römischen Rechte ergänzte und als auf dieses begründet auffaßte. [3] Man darf deshalb den Inquisitionsprozeß, wie er später in die Praxis der weltlichen Gerichte übergieng, mit vollem Rechte den römischkanonischen Prozeß nennen und ihn als romanisches Recht den germanischen Rechtsbildungen entgegensetzen.

Diese Form des Verfahrens setzte ein kräftiges, auf ein wohlorganisirtes Beamtenthum gegründetes Gemeinwesen voraus, das ohne Theilnahme des Volks an den öffentlichen Geschäften in eigener Schwerkraft bestehen konnte. Deshalb ist sie auch eben da am entschiedensten und

[1] Beiträge S. 22—26.

[2] Vgl. Stein, franz. R.G. S. 299 f.

[3] Biener, Beitr. S. 78 f.

reinsten zur Geltung gekommen, wo eben ein solches Gemeinwesen sich herausbildete, nämlich in Frankreich. In der That ist auch diese Form der unmittelbarste und schärfste Ausdruck des Untersuchungsprinzips. Darin liegt ihre weltgeschichtliche Bedeutung und Berechtigung. Ein Irrthum ist es aber, sie für den einzigen Ausdruck dieses Prinzips anzusehen.[1] Sie ist nur ein einseitiger Ausdruck, wie er dem als absolut gesetzten Staate (hiemit der Kirche des Mittelalters), d. h. dem Staate gemäß ist, welcher nur in seinen Beamten ruht, ohne dem Volke an seinem Leben einen wesentlichen Antheil zuzugestehen. Es ist deshalb klar, warum diese Prozeßform, sobald sie aus den geistlichen Gerichten in die weltlichen Gerichte übergieng, jene unvolksthümliche und freiheitsfeindliche Richtung annehmen mußte, welche ihr seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts den allgemeinen Haß der civilisirten Völker zugezogen hat.

Bei dem ungeheuren Uebergewichte, welches im Mittelalter der geistliche Staat über den weltlichen errang, war es nun von der höchsten Bedeutung, daß die Kirche neben der Form der unmittelbar amtlichen Verfolgung der Verbrechen noch eine andere Form der Verwirklichung des Untersuchungsprinzips anerkannte. Sie hat diese Form aus dem germanischen Rechte aufgenommen, und man ist berechtigt, diese Form die ächtgermanische zu nennen. Obgleich nämlich oben gezeigt wurde, daß auch dem fränkischen Grafenamte die amtliche Verfolgung der Verbrechen zur Aufgabe gemacht war, so ist doch als höchst wahrscheinlich anzunehmen, daß gerade diese Verpflichtung zu der romanischen Ausstattung des Grafenamts gehörte.[2] Die Aufstellung eigener zum Rügen verpflichteten Unterbeamten bildet gewissermaßen das Mittelglied zwischen der den Grafen auferlegten unmittelbaren Einschreitung und dem volksthümlichen Rügeverfahren. Gerade diese Aufstellung eigener Unterbeamten erinnert aber, wie Biener treffend sagt, an die römischen Irenarchen, wie denn auch die Aufzählung der Verbrechen ziemlich dieselbe ist, welche das römische Recht von den von Amtswegen zu verfolgenden Verbrechen giebt.[3] Dagegen ist nun das volksthümliche Rügeverfahren auf romanische Einflüsse nicht zurückzuführen, sondern

[1] Wie die strafrechtlichen Fragen der Gegenwart thun.

[2] Vgl. Waitz, II. S. 327—329. 406 ob. 434.

[3] l. 13 D. de off. praes. Nov. 17. c. 21. Nov. 24. c. 2. Vgl. Capitul. I. 802. c. 25. Biener, Beitr. S. 131.

erscheint als der ächtgermanische Ausdruck für die Geltendmachung des Untersuchungsprinzips. Im Gegentheil müssen die kirchlichen Rügegerichte (die Sendgerichte [1]) als Nachbildungen germanischer Einrichtungen angesehen werden. Zwar schloß sich das kirchliche Institut nach einer Seite hin an die althergebrachten, besonders in der spanischen Kirche ausgebildeten bischöfflichen Visitationen an. Allein gerade die eigenthümliche Aufgabe, nach begangenen strafbaren Handlungen zu forschen und hiezu glaubhafte Gemeindegenossen zu befragen, erhielt das Institut erst durch das weltliche fränkische Recht. [2] Die bestimmte Form hat sich zwar erst im 9ten Jahrhundert entwickelt. Aber es ist als wahrscheinlich anzunehmen, [3] daß das Volk im fränkischen Reiche schon früher durch eine allgemeine Aufforderung zur Anzeige begangener Uebelthaten verpflichtet wurde. Die Einrichtung entspricht dem weltlichen Rügegerichte, welches die Missi mit aus der Gemeinde gewählten Männern abhielten. [4] Wie dem aber auch sei, so war jedenfalls das Verfahren gegen den Gerügten durchaus das gewöhnliche germanische. Das beweist sich namentlich daraus, daß im Fall des Läugnens Reinigungseid oder Gottesurtheil eintrat, Beweismittel, denen die Kirche von ihrem Standpunkt aus durchaus abhold war. [5] Letzteres zeigte sich denn auch sofort darin, daß die Kirche in Beziehung auf den germanischen Reinigungseid, falls ihn Geistliche ableisten sollten, längere Zeit hindurch die größten Schwierigkeiten machte; [6] und, wenn sie auch eine zeitlang nachgab, so war sie doch später bestrebt, den germanischen Reinigungseid zu verdrängen und den kanonischen Reinigungseid nach vorhergegangener Inquisition an seine Stelle zu setzen. [7] An das germanische Rügeverfahren

[1] Eichhorn, R.G. I. §. 181. II. §. 322. Kirch.R. II. S. 73. Biener, Beitr. S. 28—38. 132. Hildenbrand, S. 99 f. Kopp, hessisch. Ger. I. S. 118—143. Unger, altdeutsche Ger.Vf. S. 392 f.

[2] Capit. 769. c. 1. 6. 7. Capit. I. 813. c. 16. II. 813. c. 1. Regino VI. §. 2. 3.

[3] Biener, S. 32.

[4] Capit. 829. P. 2. c. 3. Biener, S. 32. 33. n. 76. 83.

[5] Regino II. 43. 234. 238. 239. 243. 302. c. 20. C. 2. qu. 5. c. 24. 25. C. II. qu. 5. c. 8. X. de purg. can. Hildenbrand, S. 22. 104. 117. 118. Biener, S. 35. 36.

[6] Biener, Beitr. S. 23—26.

[7] C. 10. X. de purg. can. c. 19. 21. X. de accus. Hildenbrand, S. 39 f.

schloß sich nun die nationale Fortbildung des Strafprozesses an, die freilich nicht auf deutschem Boden erfolgte.

Um sofort über den weitern Verlauf der Entwicklung in Deutschland klar zu sehen, ist es nöthig, sich den allgemeinen Gang der Staatsentwicklung zu vergegenwärtigen, worüber hier freilich nur Andeutungen folgen können.[1]

Der karolingische germanische Universalstaat, der im Beamtenthum seinen Schwerpunkt hatte, löste sich in besondere Nationalstaaten auf, und innerhalb dieser selbst zersetzte sich sein Prinzip, um neuen gesellschaftlichen und politischen Bildungen Platz zu machen. Die herrschende Form der politischen Organisation wurde nun der Lehensstaat, freilich nicht überall im gleichen Umfang und in der gleichen Intensität. Namentlich war das Verhältniß in Deutschland ein wesentlich anderes, als in Frankreich und in England.[2] Während in Frankreich der karolingische Staat erst in eine Vielheit selbstherrlicher Grundherrschaften zerfiel, hierauf aber die entgegengesetzte Bewegung zur absolutmonarchischen Zentralisation eintrat, — während in England aus der gleichmäßigen Anerkennung aller gesellschaftlichen Interessen und Mächte ein einheitlicher und freier Staat sich hervorbildete, so fand in Deutschland das Eigenthümliche statt, daß im Kaiserthum der Gedanke der Einheit des Staats fortwährend erhalten blieb, gleichwohl aber innerhalb dieser idealen Einheit die Bewegung der zur Zerstücklung führenden Momente nicht aufgehalten werden konnte, ohne doch auch zu absoluter Herrschaft zu gelangen. Das Prinzip des Lehensstaats, der Besitz der Staatsgewalt in der Form und Bedeutung des Privatrechts, führte daher in Deutschland nicht zum gänzlichen, rechtlich anerkannten Zusammenfallen der Souveränetät selbst mit dem Grundbesitze, eben weil im Kaiserthum fortwährend die höhere Staatseinheit rechtlich anerkannt blieb, daher auch dieses forwährend als die Quelle aller politischen Ehrenämter und Würden angesehen wurde. Gleichwohl ward dadurch die Bewegung nicht gehindert, vermöge deren auch hier die wirkliche Staatsgewalt an den Grundbesitz sich kettete, daher die Form der Erblichkeit und des Eigenthums annahm, das man nur noch vermittelst des Lehensbandes

[1] S. hierüber bes. Stein, franz. R.G. Vgl. meinen o. a. Art. in der Zeitschr. für deutsch. R. XII. 1.
[2] Stein, S. 144. 145.

an das Kaiserthum anknüpfte. Als aber dieses den Kampf gegen die Lehensfürsten aufnahm, hatte es keine seiner idealen Bedeutung entsprechende reale Macht, und die Folge war seine Niederlage, die sich am sprechendsten darin zeigt, daß gerade ihm die Bedingung der realen politischen Macht, die Erblichkeit, entzogen wurde. So blieb zwar der Kaiser, als Vertreter der Staatseinheit, der ideale Souverän, aber faktisch kam die reale Staatsgewalt Schritt für Schritt an die mit den Reichsämtern bekleideten Grundherrn, deren Landeshoheit in demselben Maße heranreifte, in welchem die kaiserliche Gewalt zum Schattenbilde wurde. [1] In Deutschland konnte daher der Lehensstaat noch weniger, als in Frankreich, den gesammten gesellschaftlichen Organismus mit seinem Prinzipe durchdringen. Die völlige Vernichtung der demokratischen, auf gleicher Vertheilung des Grundbesitzes beruhenden, freien Gemeinde gelang ihm hier nicht, da das Kaiserthum in den Reichsvogteien immer noch eine wenigstens theilweise Fortdauer der alten Verfassung rettete. Es kam daher in Deutschland zu keiner völligen Zerlegung des Volks in Herren und Schutzbefohlene.

Aber eben das Unbezwungene konnte nun auch der Lehensstaat nicht in sich aufnehmen. Es sammelte sich um seine eigenen Mittelpunkte. Als die mit dem Lehensstaat rivalisirenden und ihn beschränkenden Mächte traten aber namentlich die Kirche und das Städtewesen hervor.

Die Kirche [2] schwang sich zur Herrschaft über alle christlichen Völker auf; und, wenn sie auch diese Herrschaft zunächst nur auf eine geistliche Idee, nämlich auf die Pflicht, die Reinheit des Glaubens zu erhalten, gründete, so war doch eben die Grenze dieses Begriffs so unbestimmt, daß es der Kirche leicht wurde, die Mehrzahl der Verhältnisse des weltlichen Lebens unter diesen Gesichtspunkt zu bringen; doppelt leicht dem Lehensstaat gegenüber, und seiner Armuth an allem wahrhaft staatsbildenden Prinzipe. Denn sie nahm sich nun aller der Personen und Sachen, aller der sittlichen Lebenskreise an, welche seiner beschränkten Natur gemäß der Lehensstaat verwahrloste. Sie trat in einer Menge von Verhältnissen geradezu an die Stelle des Staats; und, da sie nun überdies allein der Sitz der Intelligenz und Bildung war, so mußte, namentlich mit Hilfe ihres großartig konsequenten Rechtes, ihr Sieg über den Staat in den meisten Rechtsgebieten unausbleiblich erfolgen.

[1] Stein, S. 356—359.

[2] Stein, S. 299 f. Mein Art. S. 52 — 54.

Die städtische Gemeinde[1] dagegen entwickelte sich nicht nur als die den industriellen gegen den Grundbesitz vertretende, das Prinzip der Freiheit dem Prinzip der Unterthänigkeit entgegenstellende Macht neben dem Lehensstaat, als seine Ergänzung und sein Gegensatz, sondern sie trug zugleich das Prinzip in sich, dessen Verallgemeinerung den Untergang des Lehensstaats und die Zurückweisung der Kirche in die ihr gebührenden Schranken enthielt. Sie wurde die Wiege des modernen Staatsbürgerthums, während der Lehensstaat nur privilegirte Freiheit und Unfreiheit kannte, daher in Herren und Knechte zerfiel.

Natürlich mußte für so scharf unterschiedene Lebenskreise, innerhalb deren wieder weiter eine große Mannigfaltigkeit stattfand, auch ein verschiedenes Recht sich bilden. Die Zersplitterung des Rechts gieng aber nicht bloß nach verschiedenen gesellschaftlichen Lebenskreisen vor sich, sondern sie mußte zugleich eine örtliche werden.[2] Wie dies die weitere Entwicklung des Strafrechts bestimmte, so zeigt es sich auch in der Geschichte des Verfahrens.

Was nun zunächst die Lehenssphäre betrifft, so mußte hier ein doppeltes Recht sich bilden, das eine für die nur durch das Lehensband Gebundenen, welche durch Unterwerfung vormals freier Leute unter ihre Oberherrlichkeit eine Stellung errangen, die sie zum Streben nach Selbstherrlichkeit führte, — das andere für die dem obrigkeitlichen Zwange der Lehensherrschaften Unterworfenen. Allein in der ersten Sphäre brachte eben das Streben der verschiedenen Schichten des Herren- und Adelstandes nach Souveränetät, das Gegenstreben des Kaiserthums gegen die Herzoge, und, nachdem das Herzogthum vernichtet war, das Gegenstreben der geistlichen und weltlichen Fürsten theils gegen das Kaiserthum, theils gegen die nachrückenden Schichten der Aristokratie, daneben der Kampf der Städte um ihre Selbständigkeit und die Art und Weise, wie die Kirche in diese Kämpfe eingriff, — alle diese Kämpfe brachten eine gewaltige, erst mit der Befestigung der Landeshoheit endende, Gährung und Erschütterung aller gesellschaftlichen Verhältnisse hervor, aus welcher auch für die zunächst jener ersten Sphäre angehörigen Personen zuletzt ein verschiedenes Recht hervorgieng. Da dies schon anderswo ausführlicher dargestellt ist, so möge hier nur als das Hauptresultat dies bezeichnet werden, daß unter den Personen des betreffenden Kreises

[1] Stein, S. 259—269. Mein Art. S. 55—62.
[2] S. den angef. Art. S. 63 f.

die geistlichen und weltlichen Großen und neben ihnen die Städte, ausnahmsweise auch ein Theil der Ritterschaft sich reichsunmittelbar zu erhalten, beziehungsweise zur Reichsstandschaft und faktischen Souveränetät zu gelangen wußten, während die übrigen es sich gefallen lassen mußten, landsässig zu werden, d. h. in das Verhältniß der Unterthanschaft zu den geistlichen und weltlichen Landesherrn sich zu fügen. Eben die Gährung aber, welche dieser Krisis vorangieng, brachte eine ganz eigenthümliche Erscheinung hervor, welche als die erste Form des Strafrechts und Strafverfahrens in diesem Kreise bezeichnet werden muß, — das Fehderecht des Mittelalters.

Die Gründe zur Entstehung dieses sonderbaren Rechts waren im Wesentlichen in Deutschland dieselben, wie in Frankreich.[1] Der Unterschied war nur der, daß sie in Deutschland erst einige Jahrhunderte später in volle Wirksamkeit traten, und daß die rechtliche Anerkennung hier auf ausdrücklicher Konzession von Seiten der nach und nach untergrabenen königlichen Gewalt beruhte. Allein thatsächlich begann das Unwesen der Fehde hier gleichfalls schon viel früher, da es in Wahrheit nichts anderes ist, als der Ausdruck des Strebens nach Selbstherrlichkeit, welches auch in Deutschland schon im 9ten Jahrhundert im Gange war. Allerdings mußte das Fehdewesen eben so lange, als noch im Kaiserthum die Staatseinheit für reell vertreten galt, als Unrecht und willkührliche Gewaltthätigkeit erscheinen. Allein die Ausübung desselben konnte gleichwohl nicht unterbleiben, weil eben jene Zeit die Periode der allgemeinen gesellschaftlichen Gährung und der allmäligen völligen Zersetzung und Umgestaltung der bisherigen Verfassung war. Daher erfolgte denn auch das Eigene, daß mit der Krisis jener Gährung, d. h. mit der Niederlage des Kaiserthums gegenüber der sich befestigenden Landeshoheit, womit der Eine Staat sich in einen bloßen Staatenbund umsetzte, das bisherige Unrecht sich geradezu in ein von Kaiser und Reich anerkanntes Recht verwandelte. Allerdings konnte aber im Anfang der Periode das Fehdewesen auch noch nicht so allgemein sein, wie es nachher wurde. Seine Verallgemeinerung mußte eben mit der allmäligen Zersetzung der bisherigen gesellschaftlichen und staatlichen Ordnung gleichen Schritt halten.[2] Gleichwohl darf man sich den Gang der Strafrechtspflege in der ganzen Periode seit dem Untergang der Karolinger keineswegs als

[1] Stein, S. 44—49. 188. 189.
[2] Rein angef. Art. S. 64—76.

einen geordneten denken. Denn die Reichsjustizgewalt verlor eben stetig mehr an Boden; die Landeshoheit aber, sowie das städtische Regiment, welche als Erben der Reichsstaatsgewalt auftraten, waren erst in langsamer, von allen Seiten bestrittener Entwicklung begriffen.[1] Die Gauverfassung, auf welcher bisher die Ausübung der Justizgewalt beruht hatte, wurde fortwährend zerstückelt, bis sie ganz untergieng. Die Aemter, denen die Rechtspflege im Namen des Staats übertragen war, wurden in erbliches Eigenthum verwandelt, und ihre Inhaber gebrauchten ihre Gewalt nur noch in eigenem Interesse, welches vorerst bis zur Befestigung der Landeshoheit keineswegs mit dem Staatsinteresse selbst zusammenfiel. Zudem löste der ganze bisherige Gesellschaftszustand sich in eine Hierarchie von Ständen auf, welche Auflösung die rechtliche und politische Stellung einer Menge von Personen zweifelhaft und schwankend erhielt.[2] Die neu sich gestaltende Territorialstaatsgewalt stand zu denen, die sie sich unterwerfen wollte, in den allerverschiedensten Verhältnissen; die einen richtete sie mit unbeschränkter Gewalt, andere konnte sie nur in den Formen des alten freien Gemeindegerichts richten, wieder andere konnte sie nur in der Form des Lehensrechts zügeln, andere endlich konnte sie nur durch Waffengewalt zwingen. Ohne Zweifel hat man sich daher den Zustand der Strafrechtspflege in jener Zeit jedenfalls als einen nicht gleichförmigen, im Ganzen als einen tumultuarischen zu denken. Im Faustrecht des 13ten Jahrhunderts kam nur zum vollen Ausbruch, was sich seither vorbereitet hatte.

Das Prinzip des Fehderechts ist nämlich das Streben, sich jedem die Unabhängigkeit, das Streben nach Selbstherrlichkeit gefährdenden Verhältnisse, daher jeder vollkommenen Gerichtsbarkeit eines Andern, es wäre denn der Kaiser selbst, zu entziehen. Denn die Gerichtsbarkeit jener Zeit enthielt Alles, was später unter den Begriff der Polizei und der Regierung überhaupt fiel. Da nun die Feudalzeit gerade darin ihren Charakter hatte, daß das Amt in erblichen und eigenen Besitz seines Inhabers sich verwandelte, so lag allerdings in jener Anerkennung zugleich die einer Abhängigkeit, die zur Unterthänigkeit führen mußte. In Deutschland fiel freilich der Staat nicht ganz in souveräne Freiherrschaften auseinander, sondern seine Einheit und höchste Gewalt blieb in

[1] Eichhorn, II. §. 222—225. 234. a. 299—314. III. §. 418. 433. Not. a.
[2] Weiske, de VII. clyp. milit. Vgl. Eichhorn, II. §. 290. 299. 300. 337. III. §. 396.

dem Amte des Kaisers vertreten. Deshalb mußte hier jenes Streben nach Selbstherrlichkeit zunächst nur die Form des Strebens nach Reichsunmittelbarkeit, und des Gegenstrebens gegen Landsässigkeit annehmen. Eine weitere Eigenthümlichkeit der deutschen Entwicklung lag darin, daß in jenem allgemeinen Drängen der höheren Klassen der Gesellschaft nach Unabhängigkeit die obere Schichte des Adels im Wesentlichen über die kleineren Grundherrschaften den Sieg davon trug,[1] dabei aber wieder durch die mit gleichem Glücke zur Selbstherrlichkeit aufstrebenden Städte im Schach gehalten wurde. Nun ist bekannt, daß selbst zur Zeit des ersten Siegs der Landeshoheit unter den Hohenstaufen das Verhältniß einer Menge Personen zum Reich oder zu einem Territorium noch sehr unbestimmt und schwankend war. Ueberall entstand daher in solchen Verhältnissen das natürliche Bestreben, sich um jeden Preis in unmittelbarer Verbindung mit Kaiser und Reich zu erhalten oder dieselbe zu erringen, was denn auch mehreren der Gefährdeten, besonders den Städten gelang. Allein je mehrere sich hiernach bestrebten, um so unmöglicher wurde nach und nach die Befriedigung dieses Strebens. Hierin eben liegt der Widerspruch, aus welchem die gesetzliche Anerkennung des Fehderechts hervorging.

Anfänglich nämlich war dem Königthum allerdings noch immer wenigstens eine mit der neuen landesherrlichen konkurrirende Gewalt erhalten geblieben, vermöge deren der Kaiser noch überall, wo er hinkam, selbst zu Gericht sitzen und alle noch nicht rechtshängigen Klagen entscheiden, daher auch die kaiserlichen Gerichte noch alle solche Klagen annehmen, überdies aber der Kaiser den unter einem Landesherrn gesessenen freien Leuten beliebig Rechte und Privilegien verleihen konnte, wodurch jene in der Ausübung der ihnen verliehenen Hoheitsrechte beschränkt wurden.[2] Außer dem kaiserlichen Hofgerichte erhielten sich längere Zeit an verschiedenen Orten kaiserliche Pfalz-, Hof- und Landgerichte, die noch als unmittelbare Organe der Reichsstaatsgewalt galten.[3] Allein — gerade die Entwicklung der Landeshoheit bewirkte allmälig, daß diese kaiserlichen Gerichte größtentheils, wie die Reichsvogteien, oder mit diesen in die Hände der Reichsstände kamen und entweder untergiengen, oder, wie es mit der Mehrzahl der alten Gaugerichte längst

[1] Eichhorn, II. §. 291—300. III. §. 396. 400. 418.

[2] Sächs. L.R. III. 60. Schwäb. L.R. (Laßb.) §. 133.

[3] Eichhorn, II. §. 291 Anm. §. 293.

geschehen war, in landesherrliche Gerichte verwandelt wurden.[1] Damit verlor die kaiserliche Gerichtsbarkeit als bloßer Ausfluß der Reichsstaatsgewalt mehr und mehr an Umfang, eben damit aber auch an Macht und Ansehen. Das Kaiserthum konnte keine ständige Behörde von bloßer Amtsnatur mehr schaffen; es mußte die Ausführung seiner Befehle den Reichsständen und Reichsvögten anvertrauen. Daher mußte es unzählige Fälle geben, wo ein Rechtsuchender kein Recht fand, weil er es da, wo er es hätte finden können, nicht suchen wollte, und da, wo er es suchen wollte, nicht erhalten konnte. Auch die landesherrlichen Gerichte aber konnten sicherlich von Anfang an nicht eben große Energie entwickeln, weil sie zu oft ihre Ansprüche gütlich durchzusetzen suchen mußten, wenn sie dieselben nicht im Wege des Krieges erzwingen wollten. Je mehr aber die Gährung der Krisis sich näherte, um so größer mußte der Widerspruch zwischen dem Bedürfnisse und den Mitteln zu seiner Befriedigung werden. Ein großer Theil des kleinen Herrenstands, die Ritterschaft, die Städte, Klöster und Stifter, — alle waren in der gleichen Klemme; und die kaiserliche Macht, an der sie einen Halt zu finden begehrten, war immer weniger im Stande, diesen zu gewähren. Auch das Rechtsuchen bei kaiserlichen Hof- und Landgerichten ward immer gefährlicher, je öfter auch diese zu Lehen ertheilt wurden. In diesem Stande der Dinge wurde nun die Selbsthilfe zunächst zum faktischen Rechte, das freilich noch als Unrecht erschien. Denn sie blieb den Bedrohten allein übrig, wenn sie sich nicht durch Anerkennung der Gerichte eines Landesherrn der Gefahr des Landsässigwerdens aussetzen wollten. Ebenso aber wurde die Selbsthilfe zum Rechte für die Fürsten, welche die gegen ihre Landeshoheit sich Sträubenden nur als rebellische Unterthanen zu züchtigen glaubten. Nach und nach konnte die Gerichtsbarkeit des Kaisers selbst nicht einmal für die Reichsstände mehr ausreichen, die, je mehr sie zur Selbstherrlichkeit erwuchsen, um so mehr auch die Gerichtsbarkeit des Kaisers auf das bloße Lehensverhältniß einzuschränken strebten,[2] und sich unter einander als souveräne Mächte benahmen, Krieg führend oder durch Austräge ihre Streitigkeiten schlichtend.

So kam es denn dahin, daß endlich die zur Vorsteherschaft eines Staatenbunds herabgebrachte kaiserliche Gewalt selbst das Fehderecht an-

[1] Eichhorn, II. §. 291 Anm. §. 302. III. §. 418. v. Löw, Gesch. der deutsch. Reichsverf. §. 48. 59.

[2] Eichhorn, II. §. 225. 231. 300.

erkennen mußte, das weder als nackte Anerkennung des Rechts des Stärkeren, noch als Fortsetzung oder Wiedererweckung des altgermanischen Racherechts betrachtet, noch auch bloß aus der Schwäche der Gerichte erklärt werden darf. [1] Es ist vielmehr die Gestalt des Strafrechts und des Strafverfahrens, wie sie unter den höheren Schichten der Gesellschaft durch den Prozeß der Bildung der Landeshoheit auf Kosten der im Kaiserthum vertretenen Staatseinheit bedingt war. Da nun aber hier nur von bestimmten Seiten des Strafverfahrens die Rede sein soll, so kann das Weitere übergangen werden. Das Untersuchungsprinzip namentlich, das den erstarkenden Staat voraussetzt, konnte natürlich mit dem Fehderecht, das den in selbständige Herrschaften sich auflösenden Staat darstellt, im Mindesten nichts zu schaffen haben.

Das Ende der Krisis nun aber, der Sieg der Landeshoheit, brachte es mit sich, daß die Reichsstände das Fehderecht allein an sich zogen. Ihnen gegenüber verflüchtigte sich das Kaiserthum immer mehr zu einer bloßen Lehensherrschaft, und nur in der Abschwächung zur Lehensstrafgerichtsbarkeit blieb die kaiserliche Gerichtsbarkeit über die Reichsstände — mehr dem Namen, als der That nach, bestehen, während in der Wirklichkeit das Verhältniß der Reichsstände zu einander sich immer mehr zur Stellung unabhängiger Mächte gestaltete. [2]

Indessen waren nun sehr Viele, welche das Fehderecht geübt hatten, durch die Entwicklung der Landeshoheit vom Reiche gelöst und zur Anerkennung eines Abhängigkeitsverhältnisses von den Landesherrn genöthigt worden. Allein eben diese Abhängigkeitsverhältnisse waren bei den verschiedenen Klassen der Landsaßen die allerverschiedensten, [3] und hiernach war auch das Strafrecht und Strafverfahren gegenüber diesen Klassen ein sehr verschieden geartetes. Zunächst war das Verhältniß selbst noch lange Zeit hindurch vielfach ein sehr bestrittenes; und, wo dies der Fall war, trat fortwährend an die Stelle der geregelten Rechtspflege das Fehderecht. Sodann war aber die Landeshoheit von Anfang an selbst ein Aggregat sehr verschiedenartiger Rechte. Gegen Personen, die nur im Lehens- oder Dienstverbande standen, war die Gewalt des Landesherrn natürlich eine viel geringere, als gegen seine Schutzpflichtigen.

[1] Vgl. Eichhorn, II. §. 379. v. Wächter, Beitr. zur deutsch. Gesch. S. 47—58. 253—256. Wilda in Weiskes Rechtslex. VI. S. 255 f.

[2] Pütter, histor. Entw. I. S. 211—214.

[3] Eichhorn, II. §. 299. III. §. 418.

Gerade jene trieben das Werk der Fehde großentheils recht als Geschäft. Aber auch die regelmäßige Rechtspflege über sie verlor durch die Einkleidung in die Formen des Lehenrechts an Nachdruck.[1] Die Ritter standen dem Landesherrn selbst als Grundbesitzer gegenüber, die neben ihrem Allodialbesitze nicht nur von ihm, sondern auch von Andern Güter zu Lehen trugen und auf diesen selbst Gerichtsbarkeit übten. Sie konnten nicht wie Landsaßen geringeren Standes behandelt werden. In Sachen, die das Lehens- und Dienstverhältniß betrafen, oft auch in andern wichtigen Fällen saß der Landesherr selbst zu Gericht, d. h. er leitete das Pärsgericht.[2] In andern Sachen stand zwar die Ritterschaft unter der ordentlichen landesherrlichen Gerichtsbarkeit. Allein nicht nur, daß sie sich überall einen privilegirten Gerichtsstand zu erringen wußte,[3] — es verband sich damit auch ein privilegirtes materielles Recht. Die Landesherrn mußten die landsässige Ritterschaft schon deshalb schonen, weil ein Theil der Ritterschaft sich reichsunmittelbar zu erhalten gewußt hatte und das Beispiel verlockend war. Sie brauchten sie überdies als Gegengewicht gegen den städtischen Republikanismus.[4] Daher findet sich, daß die landesherrliche Gewalt der Ritterschaft gegenüber im Strafrecht den Widerspruch fortdauern ließ, der im karolingischen Strafrechte gelegen hatte.[5] Dieselbe konnte auch die Strafen an Hals und Hand abkaufen, so zwar, daß ein Theil des Sühngelds als Privatgenugthuung an den Verletzten oder an seine Familie, der andere Theil als Surrogat der Königsbuße (d. h. als Zwitterding zwischen Friedensgeld und Buße) an den Landesherrn fiel. Ein Fortschritt lag nur darin, daß man die Sühne mit dem Verletzten oder seiner Familie mittelst gütlichen Vergleichs zu erzielen suchte, hiemit aber den Grundsatz der Lösbarkeit als Ausnahme und Privilegium anerkannte. Die Energie der Rechtspflege lag dieser Klasse gegenüber vornämlich nur im Verfestungsrecht.[6]

[1] Vgl. Pütter, a. a. O. I. S. 257. Eichhorn, II. §. 303. Not. d. III. §. 439. Not. d. e. IV. §. 539. Vgl. III. §. 401. 409.

[2] Conradi II. Ed. de benef. (Pertz, IV. 39.)

[3] Eichhorn, II. §. 302 Anm. §. 337. 348. III. §. 419. 445. 446. Zöpfl, Bamb. R. S. 89—99. Unger, altdeutsche Ger.Verf. S. 319. 333—338.

[4] Eichhorn, III. §. 439. Not. d. Hagen, Hall. Lit.-Ztg. 1846. Nr. 105.

[5] Const. pac. a 1085. (Pertz, IV. 56.) Zöpfl, Bamb. R. S. 17. 18. Nr. 54. 55. Warnkönig, flandr. R.G. III. S. 164—166. 194—198.

[6] Dessen Bedeutung ist treffend aufgefaßt bei Rintel, Jury S. 20.

Ganz anders verhielten sich die landesherrlichen Gerichte zu den nicht privilegirten Hintersaßen, am entschiedensten da, wo sie sich an die alte grundherrliche und die Immunitätsgerichtsbarkeit anschloß,[1] mehr und mehr aber auch da, wo sie aus der alten Gau- und Centgerichtsverfassung hervorgegangen war, sofern hier eine allmälige Ausscheidung des Ritterstandes vor sich gieng und infolge davon alles übrige Volk in gemeinschaftliche Gerichte zusammen verwiesen wurde,[2] die alle, bei immer fortschreitender Ausgleichung der herabgesunkenen Freien mit den Unfreien, mehr oder minder einen strengen obrigkeitlichen Typus an sich trugen.[3] Hier setzte sich daher das strenge karolingische Strafrecht gegen arme und geringe Leute fort, und zwar in gesteigerter Potenz, sofern es das Hofrecht in sich aufnahm, daher die politische Unterthänigkeit zugleich mehr oder weniger den Charakter einer privatrechtlichen an sich trug. Allerdings war die Entwicklung in diesem Kreise sehr verschiedenartig je nach den Elementen, aus welchen das Territorium enstanden war, und je nach der gesellschaftlichen Mischung, welche darin herrschte, abgesehen davon, daß in dieser Sphäre die Willkühr der Herrn den größten, dagegen die Autonomie der Schöffen den geringsten Spielraum hatte. Immer aber bildeten diese Gerichte in der Regel den Gegensatz zu den vorhergedachten. Während dort auch die unsühnbaren Missethaten zu sühnbaren wurden und eben damit dieser Unterschied sich eigentlich verlor, so giengen hier umgekehrt die sühnbaren allmälig in die Klasse der unsühnbaren über, — zunächst auf indirekte Weise, sofern hier in der Regel im einzelnen Falle die Möglichkeit der Lösung oder der Gebrauch, sie anzunehmen, wegfiel,[4] daher auch da, wo Buße und Wette vorgeschrieben war, der That nach doch eine öffentliche Strafe zum Vollzug kam. Sodann gieng aber der Begriff der Buße selbst, wo sie noch vorkam, bei diesen Gerichten früher, als anderswo, in den einer eigentlichen (Geld-) Strafe über, sofern der privatrechtliche Gesichtspunkt, daß der Herr selbst durch das Vergehen verletzt sei, sich mit der Entwicklung der Landeshoheit hier in den Gesichtspunkt

[1] Eichhorn, II. §. 302.

[2] Eichhorn, II. §. 337. 348. Zöpfl, Bamb. R. S. 89—99.

[3] Stein, S. 170—187.

[4] Zöpfl, Bamb. R. S. 110. Not. 9. Bluntschli, Zürch. R.G. I. S. 241. 242. 492.

auflöste, daß die Verletzung des Herrn eine Verletzung der Herrschaft und ihres obrigkeitlichen Rechtes sei.[1]

Bei aller Verschiedenheit im Einzelnen war nun ohne Zweifel diese Strafgerichtsbarkeit weit früher, als die der höheren Gerichte, zur Entwicklung größerer Energie geeignet.[2] Schon das Strafrecht erhielt hier einen viel größeren Umfang, weil seine Ausübung nach und nach als eine Sache guter Polizei angesehen wurde. Dasselbe mußte sich nun aber auch beim Strafverfahren in beiden Gebieten zeigen.

Vor Allem widerstrebte das Wesen der Lehnsgerichte jeder festeren Begründung der Gerichtsgewalt. Zwar trat ohne Zweifel gegenüber dem Landesherrn das Element der fides, daher auch der Begriff der Felonie in der Regel viel stärker hervor, als im Verhältnisse der Landesherren selbst zum Kaiser; allein nie konnte doch der Grundcharakter des Lehnsverhältnisses als eines bloß relativen,[3] gegenseitigen, und darum auch lösbaren verwischt werden. Die Lehnsgerichtsbarkeit konnte nie den obrigkeitlichen Typus annehmen, obgleich der Begriff der Felonie und Quasifelonie politische Elemente in sich aufnahm.[4] Der Lehensmann wurde nur von seines Gleichen gerichtet, und, wenn irgendwo, so erhielt sich hier die reine Anklageform, da hier die Natur der Rechtsverfolgung selbst der bürgerlichen Rechtspflege ebenso nahe oder näher stand, als der Strafrechtspflege. Eben wie das politische Moment des Verhältnisses durch ein privatrechtliches zwar nicht völlig ersetzt, aber doch in den wesentlichsten Beziehungen verdeckt war, so mußte auch das Strafverfahren dieses Rechtskreises ganz in den Formen des bürgerlichen Rechtsstreits stecken bleiben. Daher ist von einem Einschreiten von Amtswegen hier nirgends die Rede. Die Eröffnung des Prozesses war von einer förmlichen Anklage abhängig, das Verfahren durchaus kontradiktorisch und nach der Verhandlungsmaxime geordnet. Gegenüber von andern Rechtskreisen finden sich mannigfache Begünstigungen der Parthieen, so z. B. in Beziehung auf Vorladung, die hier nicht mündlich durch den

[1] **Eichhorn**, III. §. 459. Not. b. **Bluntschli**, a. a. O. I. 365. 407. I. 49—53.

[2] S. **meinen** angef. Art. S. 80—86.

[3] I. **Feud.** 21. pr. II. 24. §. 1. 7. 8. II. 26. §. 3. 19. II. 34. §. 6. II. 55. §. 1.

[4] I. **Feud.** 5. 17. 21. pr. §. ult. II. 24. 33. §. 5. **Schwäb. Lehenrecht** c. 85. 121.

Frohnboten, sondern schriftlich durch Pärs des Beklagten geschah, ferner in Beziehung auf gerichtliche Termine, Vertheidigung, Exekution ꝛc.[1] Die Verurtheilung selbst geht immer nur auf Buße oder auf Verlust des Lehens. Wenn daher auch immer das Lehensstrafrecht dem Inhalt nach noch andere Elemente enthält, die über den Kreis des eigentlichen Lehenswesens hinausliegen,[2] so ist es doch seiner Form nach immer nur Privatstrafrecht, so zwar, daß der Lehensherr ebenso als der schuldige Theil erscheinen kann, wie der Lehnsmann.[3] Daher denn auch das Verfahren nichts von dem an sich haben konnte, was das Strafverfahren als solches charakterisirt. Wenn es eine Abweichung erlitt, so konnte sie nicht nach dieser Richtung hin stattfinden, sondern nur darin bestehen, daß Herr und Mann durch den Bruch dieses Verhältnisses in den Stand gleichberechtigter Freier zurücktraten und zur Fehde griffen. —

Zwar mußte nun auch die Ritterschaft nicht nur dem Lehensstrafrecht, sondern auch dem gemeinen Landesstrafrecht bei den landesherrlichen Gerichten sich fügen, wie sie früher dem gemeinen Reichsstrafrecht in den Gaugerichten neben anderen schöffenbar freien Leuten unterworfen gewesen war. Allein es lag in der Natur der Sache, daß sie auch hier, wie ein privilegirtes Recht, so zugleich ein privilegirtes Verfahren sich zu erhalten wußte, was am besten daraus erhellt, daß es ihr fast überall gelang, vor purifizirten Landgerichten oder neu errichteten Hofgerichten einen besonderen Gerichtsstand zu erlangen. Man darf zwar hier, wie anderswo, keine völlige Gleichförmigkeit erwarten. Ohne Zweifel gelang es in größeren Terretorien dem Landesherrn, eine festere Unterordnung der Ritterschaft zu begründen. Allein in der ganzen gesellschaftlichen Stellung des Standes lag es doch als Regel für die Staatsgewalt begründet, ihn zu schonen und möglichst bei dem alten Rechte zu lassen. Daher erhielt sich in den Gerichten, in welchen dieser Stand vorzugsweise oder ausschließlich vertreten war, am entschiedensten der Grundsatz, daß, wo kein Kläger, auch kein Richter sei, — was aber richtiger so ausgedrückt wird, daß der Mangel einer wahren politischen Unterordung hier das Hervortreten eines wirklichen Strafrechts und Strafverfahrens länger, als anderswo zurückhielt.

Zwar spricht auch der Sachsenspiegel von amtlicher Rüge gewisser

[1] Maurer, Gesch. d. Gerichtsverf. §. 156.

[2] G. L. Böhmer, Princ. jur. feud. §. 350—359.

[3] Stein, S. 167—170.

Missethaten, aber er erwähnt sie gerade nicht bei denjenigen Gerichten, vor welchen die Schöffenbarfreien zu Recht stehen. Das Kaiserrecht läßt den Gedanken, daß es Pflicht sei, geschehene Unthaten vor Gericht anzuzeigen, noch viel stärker hervortreten, wie es denn überhaupt der Grundsatz dieses Rechtsbuchs ist, die im Kaiserthum vertretene Staatsidee möglichst herauszuheben. Allein, daß diese Auffassung jedenfalls nicht die allgemeine war, zeigt außer dem Sachsenspiegel auch der Schwabenspiegel, der von einer solchen Verpflichtung zur Rüge oder Anklage nichts enthält. Im Gegentheil findet sich gerade bei den fraglichen Gerichten [1] eine eigenthümliche Prozeßform vor, welche beweist, wie wenig bei denselben an die Durchführung des Prinzips der amtlichen Verfolgung gedacht wurde, — der sogenannte Inzichtprozeß, [2] darin bestehend, daß ein eines Verbrechens Verdächtigter die Festsetzung eines Gerichtstags begehrte, auf welchen jeder, der ihn anklagen wollte, vorgeladen wurde, sofort aber, wenn an drei deshalb gehaltenen Gerichtstagen kein Ankläger erschien, sich losschwören konnte und damit aller weiteren Verfolgung entgieng. Gleichwohl darf ohne Zweifel nicht angenommen werden, daß die Regel ohne Ausnahme geblieben sei. Denn, wie man im 15. und 16. Jahrhundert fast überall auch bei diesen privilegirten Gerichten das Untersuchungsprinzip, und zwar sehr energisch, sich Bahn brechen sieht, [3] so konnte es auch im Mittelalter wenigstens da nicht ganz ausbleiben, wo die Landeshoheit ihre Ritterschaft bereits in eine festere staatliche Unterordnung zu bringen Gelegenheit gehabt hatte.

Immer aber ist als Regel zu betrachten, daß, wie der Gebrauch der Lösung der Verbrechen, der gütlichen Vergleiche, Theidigungen ꝛc., so auch die Unfähigkeit des Strafverfahrens, sein eigenes Prinzip zu entwickeln, sich bei diesen Gerichten länger erhielt, [4] als bei denen, vor welchen die nicht privilegirten Hintersaßen zu Recht standen. Zwar gilt nun natürlich auch hinsichtlich des Strafverfahrens, was oben in

[1] Beispiele von Landgerichten in Baiern, Franken, Elsaß, Oestreich bei Maurer, S. 210. 211.

[2] Vgl. Roßhirt, Gesch. u. Syst. I. S. 122—127. Zöpfl, Bamb. R. S. 150—154. Ritz, Urk. d. Niederrheins S. 56. 57. Warnkönig, Flandr. R.G. III. S. 298—300. Thomas, Oberhof v. Frankf. S. 38—41.

[3] Bemerkenswerth ist auch die eidliche Rügepflicht der Vehmschöffen. Thomas, a. a. O. S. 47—49. J. Grimm in der Vorrede hiezu p. VI.

[4] Roßhirt, a. a. O. I. 126. Zöpfl, S. 17. 18. Nr. 54. 55. Warnkönig, a. a. O. III. 164—166. 194—198. u. §. 41.

Beziehung auf das Strafrecht über die nothwendige große Verschiedenheit der Erscheinungen in dieser Sphäre gesagt wurde. Aber hier, wie dort, war es denn doch wieder die Regel, daß diese auf der ursprünglichen Herkunft der verschiedenen Gerichte, auf der verschiedenen gesellschaftlichen Mischung, wie sie am einen oder andern Orte vorherrschte, sowie auf anderen Umständen beruhende Verschiedenheit im Verlaufe der Entwicklung sich immer mehr ausglich,[1] und daß im Ganzen diese Strafgerichtsbarkeit weit früher, als die der höheren Gerichte, zur Entwicklung größerer Energie sich eignete.

In der That findet sich auch hier frühe, daß um unehrlicher Sachen willen kein Vergleich mehr zugelassen, daß bei ehrlichen, wo er noch vorkommt, jedenfalls dem Vogt seine Buße versichert, daß sofort der Verletzte zur Klage genöthigt, oder der Beamte zur Anklage angehalten wird,[2] oder aber daß sich bei ihnen die alte Institution des Rügegerichts forterhält, die dann um so wichtiger wird, je weiter in diesem Kreise auf der Grundlage des Begriffs der guten Polizei der Umfang des Strafrechts sich ausdehnt.[3] Unter denselben Gesichtspunkt fallen[4] denn auch diejenigen Städte, welche, des Hebels einer mächtigen Industrie entbehrend, früher oder später das Loos hatten, im strengen Sinne landsäßig zu werden (wenn sie es nicht durch die Art ihrer Gründung schon von Anfang an gewesen waren); nur war natürlich bei ihnen jedenfalls die Energie des obrigkeitlichen Zwangs geringer, und schon wegen der mit allem Städtewesen verbundenen eigenthümlichen Stellung des Raths und der mehr oder minder entwickelten Gemeinderechte mußte bei ihnen ein mannigfach abgestufter Uebergang zu den wirklich souveränen oder doch nur in loser Verbindung mit dem Landesherrn stehenden Städten stattfinden.

Eben in diesen war nun aber der Entwicklungsgang um so eigenthümlicher. Sie standen zwischen den beiden Schichten des Lehensstaats, den Herrschenden und Dienenden, als eine Mittelmacht, welche die Wiege für die Idee des modernen Staatsbürgerthums wurde. Sie errangen jedoch diese Stellung nur in langem und schwerem Kampfe gegen den

[1] Eichhorn, II. §. 299. 337. 339. 343. 368. III. §. 448.

[2] Bluntschli, Zürch. R.G. I. S. 240—243. 407. Warnkönig, flandr. R.G. III. S. 162. 230.

[3] Bluntschli, I. S. 404.

[4] v. Wächter, Wirt. Priv.R. I. S. 36. 42—48. 151. 152.

Lehnsstaat, und nicht alle in gleichem Maße. Ihr Bestreben, sich zu selbstgesetzgebenden und sich selbstverwaltenden Körperschaften auszubilden, enthielt aber wesentlich auch das Bestreben, ein eigenes Gemeindestrafrecht und Gemeindegericht zu erlangen, wozu insbesondere theils das Bedürfniß, der willkührlichen herrschaftlichen Bußsätze und überhaupt des mit der herrschaftlichen Ausübung des Strafrechts verbundenen obrigkeitlichen Zwangs los zu werden, [1] theils das immer lebhafter werdende Bewußtsein drängte, daß jedes Verbrechen gegen das einzelne Gemeindemitglied eine Verletzung des Gemeindelebens selbst enthalte, [2] abgesehen davon, daß durch die Entwicklung dieses Gemeindelebens selbst eine Reihe von Vergehen erst entstand oder wenigstens eine ganz neue Bedeutung erhielt, wogegen eben nur die Gemeinde als solche die Reaktion übernehmen konnte. [3]

In der That bildete sich auch beides, ein eigenes Gemeindestrafrecht und ein eigenes Gemeindegericht, wenn gleich aus widerstrebenden Elementen, heran. Die nähere Entwicklung muß hier wieder vorausgesetzt werden, [4] und es mag an folgendem Allgemeinsten genügen. Anfangs war der Blutbann immer in den Händen eines Landesherrn oder eines Reichsvogts. Auf verschiedenen Wegen jedoch wußten die städtischen Räthe sich immer mehr direkten und indirekten Einfluß erst auf die niedere, und dann auch auf die höhere Strafrechtspflege zu verschaffen, bis sie endlich die landesherrlichen Gerichte aus den Städten ganz verdrängten und die gesammte Strafgerichtsbarkeit an sich zogen. Großen Einfluß hatte hiebei, daß die städtischen Räthe die Polizei in ihre Hand nahmen, und so in allen Verhältnissen, welche die Eigenthümlichkeit des Städtelebens berührten, die entscheidende Macht erhielten. Zwar hatten die Städte, namentlich auch in Beziehung auf das Strafrecht, patrizische und hofrechtliche Elemente theils auszustoßen, theils zu vermitteln; stetig jedoch, wenn auch langsam, schritten sie fort in der Tendenz, alle Fehden abzuschneiden, den städtischen Frieden zu erhalten, an die Stelle

[1] Donandt, Gesch. d. brem. Stadtr. I. S. 216—220.

[2] Stein, S. 280. Vgl. Bluntschli, I. 378. Donandt, II. 286. 289.

[3] Donandt, II. 299—305. Zöpfl, Bamb. R. S. 122—125. Warnkönig, flandr. R.G. III. 240—245.

[4] S. meinen Art. in der Zeitschr. für deutsch. R. XII. 1. S. 86—110. Vgl. S. 55—62.

der Buße öffentliche Strafe zu setzen und die Strafrechtspflege in die Gewalt ihrer Behörden zu bringen.

Vor allen andern waren nun die städtischen Gerichte geeignet, einer systematischen Reform im Strafverfahren Bahn zu brechen. Junkerthum und knechtische Unterordnung hatten hier keine bleibende Stätte,[1] wie in den zuvorerwähnten Gerichten. Man bedurfte eines gleichmäßigen dem Begriff der städtischen Freiheit und der politischen Stellung der Städte angemessenen Prozesses. Zwar waren auch die unter das Prinzip der Landeshoheit fallenden Gerichte an sich geeignet, eine größere Energie der Strafjustiz zu entfalten, besonders da, wo sie den hofrechtlichen Stempel an sich trugen. Allein theils herrschte dieser Typus keineswegs bei allen vor, theils waren, wo er vorherrschte, die Dingpflichtigen in einem solchen Verhältnisse, daß an autonomische Rechtsbildung nicht zu denken war, sondern in der Regel die Willkühr der Herrschaft entschied. Von Gleichförmigkeit war bei diesen Gerichten ohnedies keine Rede, und in der meist geringen Bildung der Schöffen kein Element zur Reform des verknöcherten Herkommens zu finden.[2] Seit der Abtrennung der Ritterschaft sanken sie überdies in eine Mißachtung, die ihren Verfall beförderte. Wie der Blutbann des Lehensstaats die Bedeutung eines Privilegiums angenommen hatte, so war auch das Verfahren größtentheils wieder um alle inquisitorischen Elemente gekommen, die es in der karolingischen Zeit gehabt hatte; natürlich genug, da das wahre Staatsbewußtsein, dessen Konsequenz das Prinzip der amtlichen Verfolgung des Verbrechens ist, dem Lehensstaat abgieng. Nicht nur war es daher in jenen andern Kreisen — freilich in einem mehr, als im andern — wieder Regel geworden, nur auf Klage zu richten,[3] ja es war sogar theilweise die weitere Rückbildung eingetreten, daß man bei fortschreitender Verkümmerung des staatlichen Zusammenhangs die alte Familienschutzpflicht wieder aufwachen sah.[4] Jedenfalls waren die Ansätze zur Durchführung des Untersuchungsprinzips in jenen anderen Gebieten vereinzelt und schwach.

[1] Vgl. Donandt, I. 111—115. Thomas, Oberhof von Frankfurt. S. 36. 37. 41—49.

[2] Petr. ab Andlo bei Zöpfl, Bamb. R. S. 59. Bamb. H.G.O. Art. 172. 175. 276. P.G.O. Art. 146. 150.

[3] Sächs. L.R. I. 62.

[4] Zöpfl, a. a. O. S. 126. 127.

Dagegen waren es gerade die Städte, bei denen das Bedürfniß nach einer systematischen Aenderung eine solche auch wirklich herbeiführte. Daher Anordnung des Untersuchungsprozesses, wo man dem Fehderecht steuern wollte,[1] Anstellung amtlicher Ankläger, erst nur eventuell, bald aber bei jeder bedeutenderen Sache oder überall, wo der Privatankläger die Sache fallen lassen wollte,[2] Zwang zur Fortführung der Klage, Verbot der Theidigung ohne Zustimmung des Richters,[3] — endlich wirkliche Untersuchung von Amtswegen.[4] Dies namentlich in der Weise herbeigeführt: so lang sie noch ein herrschaftliches oder reichsvogteiliches Blutgericht dulden mußten, vindizirten sich die Räthe, die ohnedies Beisitzer zu diesem Gerichte lieferten, das Recht, die Privatanklagen anzunehmen, um sie ihrerseits bei dem Gerichte zu verfolgen. Natürlich untersuchten sie dann die Sache erst bei sich und brachten sie nur dann an das Gericht, wenn sie des verurtheilenden Erkenntnisses versichert waren. Häufig stellte auch überhaupt das Blutgericht das Urtheil an den Rath. So ward das Verfahren vor jenem mehr und mehr zum bloßen Scheine, während das Hauptgewicht in das Untersuchungsverfahren vor dem Rathe fiel.

Gerade bei den Städten trat jedoch das Grundübel der ganzen deutschen Rechts- und Staatsentwicklung, der extreme Partikularismus, als besonderer Mißstand hervor. Sie waren behufs ihrer Selbsterhaltung zur Erstrebung der Souveränität genöthigt; eben damit aber isolirten sie sich als selbständige Rechtskörper. Sie eilten der Rechtsentwicklung auf dem Lande voran und geriethen in einen verderblichen Gegensatz gegen dessen unreife Institute, auf sich selbst gestellt, keiner Unterstützung gewärtig, vielmehr genöthigt, nach Außen dieselben Mißbräuche mitzumachen, die sie in ihrem Innern bekämpften. Standen sie auch unter sich in einer gewissen Rechtsgemeinschaft, so war doch dasselbe gegenüber den anderen Gebieten, in welche das deutsche Rechtsleben auseinanderfiel, nicht der Fall. Sie konnten auf keine Maßregeln denken, die ein Zusammenwirken aller Reichsstände vorausgesetzt hätten, vielmehr nur innerhalb ihres nächsten Kreises dem dringendsten Bedürfnisse Genüge thun.

[1] Dunandt, II. 68—72.
[2] Lüneb. Stadtr. bei Dreyer, Nebenst. S. 393. 408. Zöpfl, S. 134. 135.
[3] Dunandt, I. 181. 182.
[4] Dunandt, I. 182—201.

Je größer nun aber eben diese Zerfahrenheit der Rechtsbildung nach Lebenskreisen und Gegenden war, um so viel wichtiger wurde die kirchliche Rechtsbildung, zu der man endlich seine Zuflucht nahm. Schon oben wurde auf zwei Hauptformen des kirchlichen Verfahrens aufmerksam gemacht, deren eine sich an die nationalen Sitten und Begriffe anschloß, während die andere als das eigenthümliche Produkt des allgemeinen kanonischen Rechts erscheint. In der ganzen Stellung der Kirche im Mittelalter lag nämlich die Nothwendigkeit für sie, einerseits in vielen Punkten den Formen des weltlichen Lebens sich zu bequemen, andererseits aber möglichst alle Gelegenheiten zu benützen, um sich dieser Anbequemung entschlagen und ihr eigenthümliches Recht durchsetzen zu können. Letzteres mußte ihr überall in dem Maße mehr und schneller gelingen, je fester die Kirche dem weltlichen Staate gegenüber dastand — ganz besonders also in Deutschland. Durch welche Mittel sie die Herrschaft ihres Rechtes und ihrer Gerichte ausbreitete, ist als bekannt vorauszusetzen. Vorzüglich geschah es durch die Ausbildung der kirchlichen Immunitäten, durch die Durchsetzung der ausschließlichen geistlichen Gerichtsbarkeit über den Klerus, ja sogar einer mit der weltlichen konkurrirenden Gerichtsbarkeit über die Laien, und durch die von der Kirche ausgehende Begründung wissenschaftlicher Thätigkeit. Von den verschiedenen Gebieten des weltlichen Lebens war nun aber dem kirchlichen Einflusse das eine offener, als das andere; wenn auch keines von allen eine ausreichende Widerstandsfähigkeit zeigte, so bewahrte doch das eine mehr oder länger, als das andere, nationale Elemente. So zeigt sich denn gerade in Beziehung auf die Durchsetzung des Untersuchungsprinzips eine große Verschiedenheit, die freilich im Verlaufe der Zeit in den allgemeinen Sieg des römisch-kanonischen Rechts sich auflöste.

Bemerkenswerth ist vorerst, daß die im fränkischen Reiche vorgekommene Einrichtung, die Gemeindegenossen haften zu lassen, wenn der Thäter eines auf ihrer Gemarkung verübten Verbrechens unentdeckt blieb, — eine für die Ausbildung des Geschworenengerichts in England wichtig gewordene Einrichtung — sich in Deutschland fernerhin nicht vorfindet. Es ist eine treffende Bemerkung von Maurer, [1] daß in Deutschland, wie in Frankreich, alle Rechtssicherheit zunächst unter die Schutz- und Grundherrschaften sich geflüchtet hat, und daß hier nie eine so allge-

[1] G. L. v. Maurer über die Freipflege.

meine Einrichtung freier Genossenschaften behufs gegenseitiger Verbürgung entstanden ist, wie in England. Muß man nun eben in dieser englischen Einrichtung, deren Gedanken sich in Frankreich und Deutschland nur partikularistisch, nämlich in den communes und in den freien Städten wieder findet, für den ächtgermanischen Ausdruck des Untersuchungsprinzips halten, indem dieselbe ebensowohl die Einzelfreiheit beschützte, wie sie die Erhaltung des gemeinen Friedens zu fördern bestimmt und geschickt war, so ist in Deutschland eben dieser ächtgermanische Weg nicht verfolgt worden, wovon der Grund darin lag, daß hier der Lehensstaat von Anfang an sich nicht mit anderen gesellschaftlichen Elementen zu verbinden wußte, diese vielmehr von sich abstieß, und dadurch unfähig wurde, die Idee des Staatsbürgerthums aus sich zu erzeugen. Im Gegentheil wurde, wie o. a., unter den oberen Schichten der Gesellschaft das staatliche Band so lose, daß es allmälig unter den höchsten Magnaten sich ganz und gar in ein bloß völkerrechtliches auflöste und bei dem niederen Adel nur mühsam wieder festgeknüpft werden konnte. Daher konnte in den Gerichten dieser Sphäre in der Regel am wenigsten von irgend welcher Geltendmachung des Untersuchungsprinzips, sei es durch Einschreiten von Amtswegen oder durch die Einrichtung einer gegenseitigen Verbürgung oder sonst die Rede sein, weil alle derlei Einrichtungen eine irgendwie befestigte politische Gewalt, der die betreffenden Personen unterworfen gewesen wären, vorausgesetzt hätten. Die Gerichte dieser Sphäre, waren daher am wenigsten für den Einfluß des kanonischen Rechts offen, obgleich sie ihm, sobald die Landeshoheit einmal entschieden befestigt war, gleichfalls unterlagen. Auch vorher indessen darf man sie nicht als schlechthin unzugänglich für Aeußerungen des Untersuchungsprinzips ansehen, das vielmehr überall alsbald hervorzutreten anfieng, wo irgend eine festere Staatsordnung sich bildete. Alles kam wohl auf die lokale gesellschaftliche Mischung an, d. h. ob der Ritterstand schon aparte Gerichte für sich hatte, oder ob er noch mit seinen alten Genossen zu Gericht gieng, und ob er in diesem Fall vorherrschte oder die Minderheit bildete. Je nach Umständen mußten daher auch bei den Landgerichten Aeußerungen des Untersuchungsprinzips vorkommen. Dies erhellt schon aus den mehrfachen Bestimmungen des Kaiserrechts, die freilich nicht überall praktisch gewesen sein können. Daß auch freie Gerichte solche Bestimmungen nicht ausschlossen, aber freilich zugleich, daß sie bei ihnen als Ausnahmen erscheinen, zeigt die Rügepflicht der Vehmschöffen.

Ueberhaupt ist aber für Deutschland charakteristisch, daß das Untersuchungsprinzip überall nur in vereinzelten Aeußerungen hervortrat, die zu keinem System führten. Man versuchte es mit verschiedenen Grundsätzen, die aber bei der großen Rechtsverschiedenheit, bei der immer ohnmächtiger werdenden Staatseinheit, bei der Gährung, unter welcher die Bildung der Landeshoheit vor sich gieng, meist verunglückte Versuche blieben. So spricht der Sachs. Sp.[1] von der Pflicht des Bauermeisters, theils in Fällen, wo eine Privatanklage fallen gelassen worden war, theils in gewissen Ungerichtsfällen auch ohne Klage zu rügen; auch die Glosse spricht von der Rüge der Bauern im Vogtding. Das Kaiserrecht[2] verlangt, daß jeder, dem ein Leid geschehen, es bei Strafe anzeigen soll; es verpflichtet jeden Zuschauer eines Verbrechens, den Thäter zu ergreifen und abzuliefern; es spricht den Satz aus, daß bei notorischen Uebelthaten eine Klage nicht nöthig sei; es erlaubt den ehrsamen Leuten gegen übelthätige und schädliche Leute, auch wo sie nicht auf frischer That begriffen werden, mit gemeinem Rathe einzuschreiten. In der That kommen nun solche vereinzelten Aeußerungen des Untersuchungsprinzips vielfach vor. Als die ursprünglichste, mit den Sendgerichten und den karolingischen Einrichtungen zusammenhängende erscheint das Rügen durch die Gemeindegenossen oder durch besonders dazu Aufgestellte;[3] so in dem Urbarium für die Herrschaft Koburg v. 1340, in den bairischen Ehehaftdingen, in den trierischen Bauergerichten, in den Centgerichten 2c.[4] Bemerkenswerth ist, daß diese Form — abgesehen von den Vehmgerichten — vornämlich nur bei den Gerichten für die niedern Stände erhalten blieb, womit es denn ohne Zweifel zusammenhieng, daß sie höchst unproduktiv blieb, und daß sich namentlich daran nicht, wie bei den Sendgerichten, ein Verfahren des Richters von Amtswegen anknüpfte. Eben dieses Rügen ist aber wieder eines der Momente, welche in England zur Ausbildung des Geschworenengerichts geführt haben.

Außerdem findet man nun hie und da, wie schon das Kaiserrecht angiebt, das Streben, dadurch die Verfolgung von Verbrechen zu ge-

[1] I. 2. Glosse zu I. 58. Vgl. Freib. Stadtr. 1120. §. 37.

[2] I. 13. 14. II. 2. 19.

[3] Maurer, altd. Ger.Verf. §. 135.

[4] Eb. S. 330. 331. Bluntschli, Zürch. St. u. R.G. I. S. 404. Mittermaier, Strafverf. I. §. 31. N. 50—55.

währleisten, daß man den Verletzten zur Anklage zwang,[1] daß man ferner den gütlichen Vergleich ohne Wissen des Richters verbot und betreffenden Falls dem Richter einzuschreiten gestattete oder gebot.[2] Der Zwang zur Anklage wurde jedoch meist wieder abgeschafft, und mit Recht, da das Mittel jedenfalls nur ein halbes war und nur den Uebergang zur Klage oder zur Untersuchung von Amtswegen bildete.

Diese beiden Auswege waren nun die, welche sich in Deutschland am fruchtbarsten zeigten, nachdem einmal der bereits angebahnte Weg zur Einführung gegenseitiger Verbürgung und zur weiteren Ausbildung des Rügeverfahrens verlassen — und zwar unter den Bedingungen der Gesammtentwicklung des deutschen Staatswesens mit Nothwendigkeit verlassen worden war. In Deutschland konnte nicht die freie Gemeinde das Organ des Untersuchungsprinzips werden; denn sie verschwand immer mehr, um sich erst in den Städten wieder zu bilden. Vielmehr konnte in Deutschland nur die Obrigkeit als Vertreter jenes Prinzips auftreten. Während wir daher das Rügeverfahren ohne weitere Entwicklung in zerstreuter Weise bei den niederen Gerichten fortvegetiren sehen, so tritt der Fortschritt des Untersuchungsprinzips immer mehr in das Geleise des kanonischen Rechts ein, welches gleichfalls die volksthümliche Form der Sendgerichte nach und nach fallen ließ, um zum System des rein obrigkeitlichen Einschreitens überzugehen.

Es ist nicht zu läugnen, daß dies die reifere Form ist, welche auch heute noch der englische Prozeß zu seinem Nachtheil entbehrt. Allein gleichwohl war es für Deutschland ein Nachtheil, daß hier die bereits angebahnte nationale Entwicklung abgebrochen und ein Element zu früh eingeführt wurde, das nur dann ohne Schaden wirken konnte, wenn es nicht auf Kosten aller volksthümlichen Elemente der Rechtspflege wirksam wurde. Gerade dies war aber in Deutschland der Fall, und zwar um so mehr, da hier die Verhältnisse nicht, wie in Frankreich, die weitere Ausbildung des Instituts eigener öffentlicher Ankläger gestatteten, vielmehr am Ende als Regel die anorganische Form des kanonischen Inquisitionsverfahrens durchdrang.

Das Uebel war, daß in Deutschland die Gesellschaft sich nicht organisirte, sondern in lauter abgesonderte Kreise auseinander fiel. Der

[1] Maurer, S. 294 unten. Bluntschli, Zürch. St. u. R.Gesch. I. S. 243.
[2] Freiburg. Stadtr. von 1120. §. 37. Schwab.Sp. c. 97. Hamburg. Stadtr. 1270. IX. 3.

hohe Adel ward selbstherrlich; der niedere besonderte sich wenigstens als Stand, und stieß seine ehemaligen schöffenbarfreien Genossen von sich, mit denen er eine Gemeinde weder bilden konnte, noch wollte. So blieb, ehe das Städtewesen in Flor kam, nur eine unfreie oder wenigstens unvollkommen freie Gemeinde übrig, welche der Entwicklung eines herrschaftlichen Rechts keinen autonomischen Damm entgegenzusetzen vermochte. Während mithin die Ritterbürtigen mehr und mehr von den die alten Gaugerichte vertretenden Gerichten sich auszuscheiden oder sie nur für ihres Gleichen zu erhalten wußten, womit denn die Behauptung des Grundsatzes der Privatanklage, d. h. die Abweisung aller obrigkeitlichen Thätigkeit auf's Genaueste zusammenhieng, so sieht man überall, wo jenes privilegirte Element zurücktritt, sofort eben jenes obrigkeitliche Element hervortreten, da es keine freie Gemeinde gab, welche sich selbst als kräftiges Organ des Prinzips der amtlichen Verfolgung des Verbrechens hätte geltend machen können. Wie sehr es eben das herrschaftliche Recht war, was sich geltend machte, zeigt sich sehr deutlich darin, daß ein Hauptzweck bei der Einrichtung des Klagens von Amtswegen der war, dem Gerichte die zukommenden Geldvortheile nicht entgehen zu lassen; nur freilich war dieß bloß die unreife Form für den vernünftigen Zweck, die Rechtssicherheit unabhängig von dem Vorhandensein oder dem guten Willen eines vorhandenen Privatklägers aufrecht zu erhalten. Die Beispiele dieses Klagens von Amtswegen sind nun hinlänglich bekannt.[1] Fragt man aber, wie es denn gekommen sei, daß in Deutschland auch dieses Institut verkümmerte, während es doch unter analogen Verhältnissen in Frankreich zu dem wichtigen Institut der Staatsanwaltschaft sich entwickelte, so kann auch hiefür der Grund nur in der völligen Zerreissung der Staatseinheit auf deutschem Boden gesucht werden. So gewiß nämlich die Ausbildung des Instituts der Staatsprokuratoren in Frankreich mit der Zentralisation unter den Auspizien des Königsthums zusammenhieng, so gewiß war es nicht nur, wie Maurer meint, ein Fehler der deutschen Fürsten, daß sie die vielfach vorhandene Einrichtung nicht weiter ausbildeten;[3] vielmehr, wenn sie

[1] Maurer, §. 119. Biener, Beitr. S. 140—144. Mittermaier, Strafverf. §. 31. N. 39—45.

[2] Vgl. auch Leue, Anklageprozeß. S. 27—29.

[3] Die strafr. Fragen der Gegenw. S. 37. schreiben ihr freilich eine höchst ausgedehnte Wirksamkeit zu.

auch den Willen dazu gehabt hätten, so fehlte es an der Kraft dazu. Seit man den kanonischen Prozeß kennen lernte, erschienen besondere öffentliche Ankläger als ein Luxus, und man begnügte sich, einem und demselben Beamten Anklage und Untersuchung zu übergeben.

Am meisten hätte man von den Städten eine nationale Entwicklung des Untersuchungsprinzips erwarten mögen. Allein es war wiederum ihre isolirte Stellung, welche sie hieran verhinderte. In den deutschen Städten wehte allerdings ein den freien englischen Gemeinden ähnlicher Geist.[1] Aber das Uebel lag darin, daß, während in England das Institut der freien Gemeinde in stetigem Zusammenhang auf dem ganzen Reichsboden ausgebreitet war, dasselbe in Deutschland nur in räumlicher Beschränkung, im Gegensatz und Kampf gegen die Grund- und Schutzherrschaften entstand und bestand. Jede freie Stadt war daher darauf beschränkt, sich als kleiner Staat in sich selbst abzuschließen, und die natürliche Folge davon war, daß gerade im Strafrecht und Strafverfahren vorzugsweise das Moment des strengen obrigkeitlichen Regiments ohne selbständige Betheiligung der freien Gemeinde sich geltend machen mußte. Von wesentlichem Einflusse hiebei war der Umstand, daß die deutschen Städte innerhalb ihrer selbst ein aristokratisches Element zu überwinden hatten, indem durch die Erkämpfung der städtischen Freiheit immer zunächst die ritterlichen Geschlechter an's Ruder gelangten, mit welchen das Ritterthum in sie eindrang.[2] Die Ueberwindung dieses patrizischen Elements, womit erst der Korporativstaatsbegriff sich durchsetzte, kostete blutige Kämpfe, und es war durch dasselbe ein Ferment in das städtische Leben gekommen, dessen Gährung die Entwicklung des staatsbildenden Prinzips dieses Lebens lange Zeit hindurch aufhielt. Dieses Hinüberreichen des Ritterthums in das Städtewesen zeigt sich in der Fortdauer des Fehdewesens, der Theidigungen, des Bußsystems.[3] Gegen diese auflösenden Tendenzen mußte durchaus eine strenge obrigkeitliche Reaktion zum Schutze des städtischen Friedens sich bilden. Man sieht daher die Städte eifrig bemüht, den Fehden Einhalt zu thun, und die Abwendung derselben gütlich oder zwangs-

[1] Maurer, die Freipflege S. 59.

[2] Thomas, Oberhof von Frankfurt. §. 7—9.

[3] Thomas, a. a. O. S. 36. 37. 41—49. Warnkönig, flandr. R.G. III. Kap. 2. 3. Donandt, Gesch. d. brem. Stadtr. II. S. 58—92. Lehmann, Speir. Chron. IV. c. 16. Siebenkees Mat. III. S. 67—70.

weise durch ihre Behörden vermitteln zu lassen.[1] Man sieht sie gegen die, welche die Annahme der Sühne verweigern, immer strengere Maßregeln ergreifen, auch wohl bei schwereren Verbrechen die Sühne ganz verbieten, jedenfalls ein gütliches Abkommen der Partheien, ohne daß zugleich der Frieden mit der Obrigkeit noch besonders gesucht wurde, nicht dulden. Je mehr die Idee sich ausbildet, daß die Verletzung eines Gemeindemitglieds eine Verletzung der Gemeinde selbst enthalte,[2] um so rascher entwickelt sich das besondere städtische Gericht. Mit jeder Buße ist ein Friedensgeld an die Stadt[3] verbunden, vor allem wichtig bei denjenigen Delikten, durch welche die Gemeinde selbst unmittelbar verletzt erschien.[4] Das Friedensgeld wird zur Geldstrafe, der bald andere öffentlichen Strafen substituirt werden,[5] und das eigenthümliche städtische Strafrecht entwickelt sich in immer größerem Reichthum. Diesem zu eiserner Strenge fortschreitenden Strafrecht entsprach der Natur der Sache nach das Bestreben, auch im Verfahren die Zügel straffer anzuziehen und die obrigkeitliche Gewalt mit möglichster Energie hervortreten zu lassen. Daher sehen wir denn auch in den Städten das Untersuchungsprinzip vorzugsweise in der Form der Anklage von Amtswegen, und später in der Form des kanonischen Prozesses zur Geltung kommen.

Gleichwohl hatte in allen deutschen Gerichten der Strafprozeß ein Element, an welches sich immer noch eine ächtgermanische Entwicklung hätte anknüpfen können, wie denn dasselbe in England gleichfalls zu den bei Ausbildung des Geschworenengerichts wirksam gewordenen Momenten gehört hat, — das eigenthümliche Verfahren bei handhafter That.[6] Hier nämlich fand sich eine Betheiligung der Volksgenossen bei Eröffnung eines strafrechtlichen Verfahrens, sofern es Pflicht war, dem

[1] Urk. bei Donandt, II. S. 279. 290. n. 12. Zöpfl, Bamb. R. S. 127. 128. Urk. bei Staphorst, Hamb. K.Gesch. I. 2. S. 34.

[2] Donandt, II. 286. 289.

[3] Urk. bei Schannat. C. dipl. p. 77. Lehmann, Speir. Chron. IV. c. 16.

[4] Zöpfl, S. 122—125. Donandt, II. S. 299. 300. Warnkönig, flandr. R.G. III. S. 240—245.

[5] Gosl. Stadtr. bei Bruns, Beitr. S. 351. Braunschw. Stadtr. bei Leibnitz, III. 441.

[6] Cropp in Trummer und Hudtwalker, Krim. Beitr. II. S. 362 f. Unger, altd. Ger.Verf. S. 215 f. Wächter, Beitr. z. deutsch. Gesch. Abh. 3. Einseitig ausgebeutet in den strafr. Fr. d. Gegenw. 1. S. 41. 42.

Gerüste zu folgen und dem Kläger zur Ueberführung des auf handhafter That Ergriffenen beizustehen. Der Unterschied zwischen handhafter und übernächtiger That bezog sich zwar hauptsächlich auf den Beweis, indem die eigentlich germanische Idee bei ersterer die ist, daß der Verbrecher durch die That selbst überführt und gerichtet werde.[1] Auch hierin aber liegt jedenfalls das Bestreben, wenigstens bei offenbaren Missethaten der peinlichen Rechtspflege eine größere Energie zu verschaffen, wenn man auch freilich wohl in Deutschland nicht so weit gieng, den offenbaren Verbrecher ohne gerichtliches Verfahren und Erkenntniß hinzurichten.[2] Mit dem gedachten Bestreben hängt es aber sehr nahe zusammen, wenn hier das Volk zur Theilname am Gerüste verbindlich gemacht wird. Zwar setzt nach deutschem Recht das fragliche Verfahren in der Regel gleichfalls einen Kläger voraus,[3] allein die Natur der Sache ergiebt, daß in den betreffenden Fällen der Verletzte nicht wohl in der Lage sein konnte, seinen Schaden zu verschweigen; jedenfalls durfte der Kläger, wenn er einmal den Prozeß auf handhafte That eingeleitet hatte, ihn bei schwerer Buße nicht mehr fallen lassen.[4] Nichts war aber einfacher und naheliegender, als die sekundäre Rolle des Volks in diesem Falle zur primären zu erheben, d. h. bei offenbaren Missethaten der Gemeinde selbst, unabhängig von einem Privatkläger, die Eröffnung des Prozesses anheimzugeben, wie dies in der That bei den friesischen Wenden der Fall gewesen sein muß.[5]

Es ist aber wiederum für Deutschland bezeichnend, daß auch dieses Institut sich keineswegs in die Folgen entwickelt hat, die darin lagen. Die Gemeinde behielt ihre sekundäre Rolle, und, wo man einen Privatkläger nicht abwartete, da trat ein öffentlicher Ankläger oder das Verfahren von Amtswegen an die Stelle. Namentlich war dies auch in den Städten der Fall, in welchen eher, als anderwärts, ein anderer Verlauf sich hätte erwarten lassen. Allerdings knüpft sich gerade im städtischen Rechte an den Begriff der handhaften That eine Verstärkung der Energie der Strafjustiz. Zwar hatten sie das Verfahren bei hand=

[1] Tropp, S. 366.
[2] Eb. S. 367—369.
[3] Sächs. L.R. I. 70. §. 3.
[4] Sächs. L.R. I. 62. Hamb. Stadtr. 1270. IX. 3. Stat. Brem. a. 1303. nr. XV. a. 1433. St. 59. Sched. 149. (Oelrichs S. 43. 476. 154.)
[5] Wiarda, Asegabuch. S. 222. Rogge, S. 220—222.

hafter That überhaupt gleichwie das Verfestungsrecht gegen den flüchtigen oder ungehorsamen Beklagten mit dem gemeinen Rechte gemein;[1] allein sie kamen bald zu einer größeren Strenge in der Handhabung des gemeinen Rechts. So findet sich bei ihnen der Grundsatz, daß auch bei den schwersten Verbrechen die bloße Kontumaz als Geständniß der That gelte,[2] desgleichen der Satz, daß der flüchtige Verbrecher, auch ohne verfestet zu sein, von dem Kläger, der ihn gefangen vor Gericht brachte, übersiebnet und sofort verurtheilt werden könne;[3] ja es kam nicht selten vor, daß man übelberüchtigte Personen selbst bei übernächtiger That so behandelte, als wenn sie flüchtig gewesen und gefangen vor Gericht gebracht worden wären. Sie waren es vorzüglich, welche den Begriff der Handhaftigkeit theils durch Zulassung der Abwendung der Uebernächtigkeit, theils durch Gestattung des Richtens auf blickenden Schein[4] zu erweitern sich bestrebten.[5] Sie brauchten namentlich das Mittel der Stadtverweisung und des Eintrags in die Register, um ihrer Strafrechtspflege Nachdruck zu verleihen,[6] und kehrten ihre Strenge vor Allem gegen übelberüchtigte Leute. Aber nirgends zeigt sich bei alledem eine Betheiligung der Gemeinde; überall vielmehr tritt nur das obrigkeitliche Element in immer größerer Machtentwicklung hervor. Wir finden daher auch in den Städten dieselben Formen, wie bei den übrigen Gerichten, nur besser gehandhabt,[7] — Zwang zur Anklage, Gefangensetzung des Anklägers, eventuelle Aufstellung öffentlicher Ankläger, Stellung der Anklage durch den Richter selbst, endlich aber förmliche amtliche Untersuchung durch die städtischen Gerichtsbehörden nach Anleitung des kanonischen Rechts.

Das Ergebniß des Bisherangeführten ist, daß im germanischen und sofort im deutschen Rechte sich fortwährend das Bestreben zeigt, die Verfolgung der Verbrechen zu einer öffentlichen Angelegenheit zu machen,

[1] Eichhorn, II. §. 884. Zöpfl, Bamb. R. S. 136–139.

[2] v. Wächter, Beitr. S. 70. Zöpfl, a. a. O. S. 137. 138.

[3] Zöpfl, Anh. S. 148. Dreyer, Nebenst. S. 129. Cropp, Krim. Beitr. S. 390–393. Wächter, S. 264–266.

[4] S. unten das Nähere.

[5] Zöpfl, a. a. O. S. 137. n. 4. S. 139. 140.

[6] S. meinen Art. in der Zeitschr. für deutsch. R. XII. 1. S. 97. 98.

[7] Dreyer, Nebenst. S. 393. 408. (Lüneb. Stadtr.) Bamb. Stadtr. §. 73. 162. 163. 205–209. Zöpfl, S. 134. 135. Donandt, Gesch. d. brem. Stadtr. I. S. 181–201. Worms. Ref. 1498. VI. 2. Tit. 1.

daß aber dieses Bestreben eben an denselben Umständen, welche das selbstkräftige Hervortreten der Staatsidee überhaupt hemmten, fortwährend Hindernisse fand.

Was namentlich das deutsche Recht seit dem Untergang der karolingischen Monarchie betrifft, so sehen wir dasselbe in die äußerste Zersplitterung auseinanderfallen. Die Einheit des Reichsstaats löst sich auf; und erst unter langen Kämpfen bildet sich eine neue Staatsgewalt in den Fürstenthümern und Städten. Während dieser ganzen Periode der Gährung vom Ende des 9. Jahrhunderts an bis zur Befestigung jener neuen Staatsgewalt spiegelte sich die allgemeine Verwirrung nothwendig auch in der Strafrechtspflege ab, indem die verschiedenen Klassen und Schichten der Gesellschaft, wie sie infolge der Ausbildung des Lehenssystems sich ausgebildet hatten, in einem aufs Aeußerste verschiedenen Verhältnisse zur Staatsgewalt standen. Daher findet sich nach einer Seite hin sogar alles Strafrecht und Strafverfahren ganz und gar in die Form des Kriegs aufgelöst, während der Strafprozeß in andern gesellschaftlichen Sphären die mannigfachsten Abstufungen von der reinen Form des bürgerlichen Verfahrens bis zum strengen Untersuchungsprozeß nach dem Muster des kanonischen Rechtes darbietet. Dabei erscheint es als charakteristisch, daß diejenigen Aeußerungen des Untersuchungsprinzips, welche schon in der fränkischen und karolingischen Zeit als Vorbereitungen einer nationalen Weiterbildung aufgetaucht waren, — Gesammtbürgschaft und Rügeverfahren, in Deutschland entweder ganz liegen gelassen wurden, oder doch nur zerstreuter Weise ein kümmerliches Leben sich fristeten, daß ebenso das Verfahren bei handhafter That, an welches eine selbständige Betheiligung der Gemeinde beim strafrechtlichen Verfahren sich hätte anknüpfen können, keine Entwicklung nach dieser Seite hin fand; daß vielmehr die allmälig neu auftauchenden Aeußerungen des Untersuchungsprinzips, getragen von der Landeshoheit und dem städtischen Regiment, überall den obrigkeitlichen Typus annahmen, und daß somit eine Entwicklung dieses Prinzips sich anbahnte, wobei jedes volksthümliche Element von der Theilnahme an der Rechtspflege ausgeschlossen wurde.[1] Noch war zwar das Urtheil in Straffachen überall in den Händen von Schöffen, und die neue Form, in welcher das

[1] Ganz entstellt wird dieser gesammte Entwicklungsprozeß bei Welcker, Staatslex. IX. S. 28. Fanatische Deklamationen helfen zu nichts.

Untersuchungsprinzip auftrat, war keineswegs sogleich die des kanonischen Rechts, sondern vielmehr die des Klagens von Amtswegen, welche eine volksthümliche Entwicklung an sich noch nicht abschnitt. Allein diese Form bildete gleichwohl in Deutschland überall nur den Uebergang zur Annahme des kanonischen Verfahrens, weil sie bei der Kleinheit der neuen Staatsgebiete als ein Luxus erschien, und weil zugleich von einer andern Seite her der Sieg des kanonischen Rechts immer unvermeidlicher wurde, — von Seiten des Beweisverfahrens.

Erst die Reform des letzteren entschied vollkommen für den Sieg des kanonischen Rechts und die Verdrängung der letzten volksthümlichen Reste aus dem deutschen Prozesse, der fortan in die Hände gelehrter Richter kam.

II. Das Beweisrecht.

Derselbe Verlauf wiederholt sich nun ferner in der Geschichte des Beweisverfahrens. Auch hier wurde das einheimische Recht infolge seiner Partikularisation aller systematischen Produktivität verlustig, und seine mannigfaltig zerstreuten Bruchstücke wurden von dem durch intelligente Folgerichtigkeit imponirenden fremden Rechte verschlungen.

1) Prinzip desselben.

Uebrigens ist die eigenthümliche Natur des germanischen Beweisrechts keineswegs überall richtig erkannt. Beweis heißt überhaupt der Inbegriff derjenigen Mittel, wodurch der Richter von der Wahrheit derjenigen Thatsachen überzeugt wird, welche er unter das Gesetz zu subsumiren hat. In Strafsachen hat daher der Beweis einen doppelten Inhalt: die äußere und innere Seite des Verbrechens, als einer einem freien Subjekte zur Schuld zurechenbaren Handlung.[1] Als Mittel, um ihn herzustellen, bieten sich dar: das Geständniß des Thäters, welches beide Seiten umfaßt, ferner der Augenschein und das Zeugniß, welche über die äußere Seite der That oder wenigstens über Theile oder Spuren derselben Aufschluß geben können, und Anzeigen, d. h. Thatsachen, welche, wenn sie in einem gewissen harmonischen Zusammenhang stehen, auf die Thatsache der verbrecherischen Handlung schließen lassen.

Nun läßt sich denken, daß ein positives Recht allen diesen Kenntnißquellen gleichen Werth zuschreibt; und darin liegt Zweierlei: — einmal, daß den rein objektiven Beweismitteln an sich eine unter Beobachtung gewisser Regeln die Ueberzeugung bestimmende Kraft zugeschrieben, und dann: daß aus der so erlangten Ueberzeugung über die äußere Seite der Handlung ein Schluß auf deren innere Seite, die Schuld, als unbedenklich gestattet wird. Diese Auffassung liegt dem römischen Rechte zu Grund,[2] was im ersten Augenblick auffallend erscheinen kann, sofern

[1] Biener (Abh. 2. S. 143 unten) hat diesen Satz nur nicht gehörig verfolgt.

[2] Es ist ein offenbares Mißverständniß, wenn Biener (Abh. H. 2. S. 145.) dem römischen Rechte deshalb, weil es den Indizienbeweis anerkennt, diese objektive Auffassung nicht zugesteht. Reflexion schließt es freilich nicht aus. Aber Reflexion ist eben nicht conviction intime, die gerade nicht an objektive Wahrheitskriterien gebunden sein darf.

man ja gewöhnt ist, diesem Rechte im Strafrecht gerade den sogenannten subjektiven Standpunkt zuzuschreiben. Allein es ist leicht einzusehen, daß beides in Wechselwirkung steht. Der gedachte subjektive Standpunkt nämlich besteht darin, daß das römische Recht nur den irgendwie in's objektive Dasein getretenen verbrecherischen Willen bestraft, mag er sich nun in eine ihm angemessene That ergossen haben oder bloß bei einem — vielleicht entfernten — Versuche stehen geblieben sein Gerade nun, weil das römische Recht für beide Fälle die gleiche Strafe androht, so zeigt es damit deutlich, daß es die äußere Seite der That als das bloß Sekundäre, als das bloße Mittel ansieht, um den verbrecherischen Willen, der sich darin geäußert hat, daraus zu erschließen. Es zeigt sich daher im römischen Recht nirgends ein Vorzug des Geständnisses vor den übrigen Beweismitteln; im Gegentheil nimmt es nicht den geringsten Anstand, den dolus ex re, ex indiciis erschließen zu lassen. Zugleich aber ist es der antiken Weltanschauung überhaupt vollkommen gemäß, wenn das römische Recht nicht den mindesten Zweifel darüber hat, daß durch die objektiven Beweismittel (Augenschein, Zeugniß, Urkunden, Anzeigen), sobald nur bei ihrer Anwendung gewisse Regeln beobachtet würden, die objektive Seite der That sich vollkommen überzeugend herstellen lasse. Die Objektivität des römischen Beweissystems ergänzt mithin die subjektive Einseitigkeit des römischen Strafrechts.

Gerade das Umgekehrte findet sich nun im germanischen Rechte. Dieses bestraft den verbrecherischen Willen nur so weit, als er zur That geworden ist, und die erste, noch rohe Erscheinung dieses Gedankens war die, daß man in der vorliegenden That den Willen präsumirte. Es liegt nun wiederum in der Natur der Sache, daß diese Einseitigkeit ihre Ergänzung im Beweisverfahren finden, d. h. daß dieses subjektiver Natur[1] sein mußte. In der That haben auch alle Beweismittel des germanischen Rechts, Geständniß, Eid und Gottesurtheil, wesentlich diesen Charakter, sie gehen darauf aus, den Richter von der Schuld oder Unschuld des Angeklagten zu überzeugen, wogegen von den objektiven Beweismitteln, Zeugniß, Urkunden und Anzeigen gar nicht oder jedenfalls in einem ganz andern Sinne, als im römischen Rechte, die Rede ist.

[1] D. h. nicht an objektive Wahrheitskriterien gebunden, sondern auf Gewissensüberzeugung berechnet. Der verehrte Biener (Abh. H. 2. S. 117) hat dies mißverstanden.

Zwar kommen auch testes und testimonia in den deutschen Volksrechten vielfach vor; aber es ist bekannt, daß damit häufig meistens nur die Eidhelfer und deren Eid gemeint sind.[1] Allerdings finden sich auch eigentliche Zeugen, die von ihnen sinnlich wahrgenommene Thatsachen bezeugen; aber diese Zeugen, als selbständige Beweismittel, unterscheiden sich sehr wesentlich von den römischen dadurch, daß sie Rechts- und Standesgenossen dessen sein mußten, gegen welchen sie zeugen sollten, daß sie ferner nur in der bestimmten Form von Nachbarzeugen, die einen in der Gemeinde allgemein bekannten Gegenstand beurkunden, oder von erwählten, d. h. von den streitenden Theilen zum Zwecke des künftigen Zeugnisses ausdrücklich mit gewissen Umständen bekannt gemachten Zeugen vorkommen, — daher über andere Handlungen, und besonders über Friedensbrüche, die ein Freier, wenn gleich in Gegenwart vieler Anderen, jedoch ohne die Absicht, diese vor Gericht darüber sprechen zu lassen, vollführte, ein Zeugniß im germanischen Sinne durchaus unmöglich war.[2] Nur das salische Gesetz läßt einen weiteren Umfang des Zeugenbeweises vermuthen, während der gewöhnliche germanische Beweis durch Eidhelfer bei ihm sehr beschränkt erscheint.[3] Doch will auch Waitz das Gesetz nicht so gedeutet haben, als spreche es, ganz abweichend vom Geiste des altdeutschen Rechts, von einer regelmäßigen Ueberführung des Beklagten durch den Kläger mittelst von ihm gestellter Zeugen. Jedenfalls sprechen einige Stellen des Gesetzes auch für die gewöhnliche deutsche Rechtsansicht, worin Waitz Abweichungen einer späteren milderen Zeit sieht. Sei nun die auffallende Bestimmung des salischen Gesetzes Folge der noch nicht ganz erloschenen Geschlechterverfassung,[4] oder sei sie aus römischem Einflusse zu erklären,[5] — soviel ist sicher, daß das Wesen des römischen Zeugenbeweises als einer für sich genügenden Kenntnißquelle dem Wesen des germanischen Beweisrechts widersprach. Dies geht unzweifelhaft aus

[1] Z. B. L. Fris. T. 10. Rogge, S. 103. Vgl. Michelsen, Genesis der Jury. S. 27.

[2] Rogge, S. 99. Vgl. zwar Michelsen, a. a. O. S. 33. Dagegen auch Wilda in den Verh. der German. in Lübeck S. 254.

[3] L. Sal. 65. 2. Waitz, das alte Recht der Salier S. 166—168. Montesquieu, l. 28. ch. 13. Rogge, S. 147 f. Wiarda, S. 209. Eichhorn, §. 77. Not. a.

[4] Eichhorn, Anm. zu §. 18.

[5] H. Rückert, Jen. N. Lit.-Ztg. 1847. Nr. 94. Näheres s. unten.

denjenigen nordischen Rechten hervor, welche Zeugen kennen. Denn diese Rechte lassen nie das Zeugniß für sich genügen, sondern fordern stets noch eine Ergänzung durch ein subjektives Beweismittel, sei dies der Eid mit Eidhelfern, oder sei es ein Wahrspruch von Geschworenen.[1] Dieselbe Ansicht findet sich aber auch im deutschen Rechte selbst, wie am klarsten die Vorschrift der Bambergensis Art. 80 beweist,[2] wornach auch ein vollkommen Ueberwiesener ohne Geständniß nicht verurtheilt werden soll. Besonders stellt sich klar hervor, daß der Zeugenbeweis des römischen Rechts, wie er zu Ende des Mittelalters nicht nur in Deutschland, sondern auch in den nordischen Ländern eingeführt wurde, zur gänzlichen Verdrängung des nationalen Beweisrechts führte,[3] daß er also von dem früher auch im nationalen Beweisrechte vorkommenden Zeugnisse prinzipiell verschieden gewesen sein muß, wie denn auch die dem römischen Rechte das Wort redenden Geistlichen offenbar von dieser grundsätzlichen Verschiedenheit überzeugt waren.[4] Der Unterschied ist aber wesentlich der oben angegebene: daß dem römischen Rechte der Zeugenbeweis eine für sich genügende Kenntnißquelle ist, das germanische Recht dagegen, ohne ihn auszuschließen, ihn doch jedenfalls nicht für sich allein gelten läßt, sondern immer noch ein subjektives Beweismittel zur Ergänzung fordert.[5]

Eben hierin liegt aber die Eigenthümlichkeit des germanischen Beweisrechts, seine Tiefe gegenüber dem römischen Recht, die so oft übersehen wird, weil die erste Erscheinung gegenüber dem ausgebildeten System des klassischen Rechts roh und unbeholfen erscheint und darüber der Reichthum der Entwicklungsfähigkeit, der in dem Grundgedanken des einheimischen Rechts liegt, nicht zum Bewußtsein kommt. In der That ist aber das römische Beweisrecht so wenig das absolut höhere gegen das germanische, daß vielmehr das letztere die Macht besitzt, das erstere als Moment in sich aufzunehmen. Es liegt in der Natur der Sache, daß es in seiner anfänglichen Gestalt diesen Reichthum noch nicht offenbaren konnte, vielmehr eben nach der Seite hin,

[1] Michelsen, a. a. O. S. 40. 59. 70.

[2] Vgl. Rintel, Jury, S. 46, der aber das germ. Recht hier ganz mißversteht.

[3] Michelsen, S. 63. 149 f. Vgl. S. 37. Gundermann, S. 40 unt. 42.

[4] Michelsen, S. 61. 62.

[5] Dies wird auch durch die Ausführung von Daniels, Ursprung und Werth der Geschwornenanstalt S. 9—14 eher bestätigt, als widerlegt.

die es eigenthümlich zu entwickeln die Bestimmung hatte, einseitig erscheinen mußte, weshalb es denn freilich leicht von oberflächlichen Betrachtern verkannt wird. Daher werden auch gewöhnlich andere Momente desselben als charakteristisch hervorgehoben.

Hätte Rogge nicht den römischen Begriff des Beweises an die Spitze gestellt,[1] so hätte er nicht den paradoxen Satz aussprechen können, daß vollkommene Beweislosigkeit der Charakter des altgermanischen Prozesses sei. Was er in der That ausführt, ist nur dies, daß dieses Recht auf die objektiven Wahrheitskriterien einen bloß sukundären Werth gelegt, vielmehr Gottesurtheil, Eid und Zeugniß der Gemeinde in die erste Linie gestellt habe. Wenn er vom Zeugniß überhaupt sagt, daß es in Wahrheit ein richterliches Erkenntniß über die Thatfrage enthalten habe, so ist dies unrichtig, da dies nur von dem Zeugniß der Gemeinde, d. h. dem Wahrspruch der Geschworenen gilt. Eben daraus denn, daß ein solches Zeugniß oder ein Gottesurtheil in der That richterliche Urtheile gewesen seien, schließt er, daß es im germanischen Prozeß keinen Beweis gegeben habe. Umgekehrt bringen Andere, wie Rintel, Michelsen, darauf, daß der Ausspruch der Geschworenen gerade nicht als Urtheil, sondern als Beweismittel anzusehen sei. Beide Theile haben relativ Recht. Die Wahrheit der ersteren Behauptung liegt in der nüchterneren und besonneren Darstellung Bieners, wornach den Richtern der Beweis formell von den Parthieen dargelegt wurde, und jene zu einer eigenen Prüfung der Beweismittel weiterhin nicht befugt waren, sondern bloß zu beachten hatten, ob der Form Genüge geschehen sei,[2] — oder (wie Stein[3] es faßt) daß die richtende Thätigkeit sich nur auf die Thatsache und ihr Recht, die ihr vorgelegt ward, beschränkte, dagegen die faktische Richtigkeit der Thatsache nicht zur Zuständigkeit des Gerichts gehörte, dessen Aufgabe an den bloßen Rechtssprüchen ihre nothwendigen Grenzen hatte. Es ist richtig, wenn Stein, im Wesentlichen mit Rogge übereinstimmend, sagt, damit sei der Streit über die Richtigkeit der Thatsache, der eigentliche Beweis einem anderen Gebiete anheimgefallen, er sei eine den beiden Parthieen angehörige Sache geworden, so daß es nur diesen obgelegen habe, Be-

[1] Gerichtswesen der Germ. S. 93 f. Dagegen auch wieder Jolly, Beweisverf. nach dem Sachs.-Sp. S. 10.

[2] Biener, S. 121 f. und Abh. H. 2. S. 150.

[3] Franz. R.G. III. S. 214.

hauptung und Gegenbehauptung gegen einander als wahr herauszustellen.[1] Allein unrichtig ist es, wenn er das germanische Recht dem römischen und kanonischen in der Weise entgegensetzt, daß er sagt, in jenen habe es Niemanden gegeben, der eine objektive Gewißheit zu fordern gehabt hätte, und deshalb habe es eine solche für den germanischen Beweis gar nicht geben können, wogegen das Prinzip des römischen und kanonischen Rechts mit seiner wesentlichsten Forderung im Gegensatze stehe, abgesehen von den Partheien die objektive Wahrheit als letzte Grundlage der Entscheidung ermitteln zu wollen.[2] Denn, davon zu schweigen, daß hier der Standpunkt des römischen Rechts jedenfalls nur relativ richtig bezeichnet ist, geschieht dem germanischen Rechte offenbares Unrecht, wenn ihm das Streben nach objektiver Gewißheit geradezu abgesprochen wird, wogegen der, wenn auch sekundäre, Werth spricht, den es immerhin auch Zeugenaussagen und Urkunden beilegt.[3] Der Gegensatz, wie er hier aufgestellt wird, ist eigentlich der zwischen dem Anklage- und dem Untersuchungsprinzip, wenn schon er auch so noch etwas Schiefes behält.[4] Die Wahrheit ist aber nur, daß das germanische Recht, ohne das Beweisprinzip des römischen und kanonischen Rechts auszuschließen, dieses Prinzip vielmehr zum bloßen Momente eines tieferen Prinzips herabsetzt, das denn freilich zuerst in einseitiger und unbeholfener Weise hervortrat. — Soviel aber ist ganz richtig, daß es dem germanischen Recht charakteristisch ist, die Richter auf den Rechtsspruch zu beschränken. Dies hat nun eben darin seinen Grund, daß dieses Recht von Anfang davon ausgeht, daß der Beweis die gesammte Thatfrage, d. h. ebensowohl die innere, als die äußere Seite der Handlung umfaßen müsse, wovon natürlich die Folge ist, daß auf den Grund eines solchergestalt gelieferten Beweises dem Richter nur noch die Subsumtion unter das Gesetz übrig bleiben kann. Darin liegt denn auch die Berechtigung Rintels u. A., wenn sie die höchste

[1] Vgl. Planck in der Zeitschr. für deutsch. R. X. S. 205 f. Jolly, a. a. O. S. 5—9.

[2] So auch Planck, a. a. O. S. 207.

[3] Vgl. Wilda, Verh. der German. in Lübeck. S. 257.

[4] Dies tritt in den strafrechtl. Fragen der Gegenwart 1. St. S. 9. 28. 38 f. zur Genüge hervor. Ihr Verf. hält den Standpunkt des romanischen Rechts für den allein wahren und mißversteht daher das germanische, namentlich das englische Recht auf's Gründlichste.

Blüthe jenes germanischen Gedankens, die Jury, in ihrer Entstehung als ein Beweismittel auffassen, obgleich es wieder unrichtig ist, diese Auffassung abstrakt festzuhalten. Bei Rintel kommt dazu noch der weitere Irrthum, daß er, so richtig er auch das gute Recht jenes germanischen Grundgedankens andeutet, doch gleich darauf zu der Behauptung kommt, die Feststellung des Beweises müsse, namentlich in Beziehung auf den Richter, schlechthin in objektiver Form geschehen.[1] Diese, seinem katholischen Standpunkte freilich angemessene Behauptung trägt die Schuld, wenn er fernerhin die Entwicklung des germanischen und namentlich des englischen Beweisrechts theilweise mißversteht und mißverstehen muß.[2]

2) Der Formalismus des Beweises und das Vorzugsrecht des Beklagten.

Es ist neuestens von Biener[3] die Behauptung aufgestellt worden, daß bei den germanischen Stämmen des Nordens sich ein Beweissystem finde, das von dem System der germanischen Völker des mittleren Europa wesentlich verschieden sei. Der Charakter des kontinentalen Systems besteht ihm wesentlich in dem Formalismus des Beweises und der Beweispflichtigkeit des Angeklagten mittelst Reinigungseid und Gottesurtheils. Dagegen findet er den wesentlichen Charakter des nordischen Systems in der gleichen Beweispflichtigkeit des Klägers und des Beklagten, wozu Zeugen und Geschworene die Beweismittel bilden. Es ergebe sich daraus, daß die Geschworenengerichte in ihrem Ursprunge dem nordischen Beweissysteme angehören, nicht dem germanischen Vertheidigungssysteme, weshalb sie auch in dem Prozesse der germanischen Völker des mittleren Europa nicht vorkommen und nicht aus dem Geiste des germanischen Rechts hergeleitet werden können. Indessen sagt er doch gleich darauf, es lasse sich nicht läugnen, daß die Institute der Eidhelfer und der Geschworenen in ihrem Wesen eine innere Verwandtschaft haben; beiden liege der Gedanke eines Zeugnisses der Genossen zu Grunde, und dieselbe Grundlage habe sich im nordischen Rechte zu Geschworenen, im germanischen zu Eidhelfern ausgebildet. Ohne Zweifel ist eben diese letzte Ansicht die richtige, weshalb denn auch die Be-

[1] S. 31.
[2] Vgl. Biener, Abh. H. 2. S. 119.
[3] Abh. 2. S. 146 f.

hauptung, daß das Institut der Geschworenen aus dem Geiste des germanischen Rechts nicht hergeleitet werden könne, als willkührlich abzuweisen sein wird.

Betrachtet man die Momente näher, welche gewöhnlich als die wesentlich charakteristischen Momente des germanischen Beweisrechts angeführt werden, so zeigt sich, daß sie dem oben aufgestellten untergeordnet, und theilweise nur Keime, nicht Gegensätze anderer Entwicklungen sind, denen sie als verschiedenartig entgegengesetzt werden. Was zuerst den Formalismus des Beweises betrifft, so versteht man darunter, daß die Richter, wie im bürgerlichen Prozesse, an der Thatsache nicht deuten, sondern sie annehmen sollen, wie sie ihnen von den Parthieen vorgelegt wird.[1] Man versteht darunter aber auch noch ein Weiteres, nämlich: daß der germanische Beweis gar nicht die Bestimmung gehabt habe, das Gericht von der materiellen Wahrheit der Sache zu überzeugen, daß es sich vielmehr dabei nur um auszuübende Rechte der Partheien, um einen rechtlichen Zweikampf dieser mittelst Behauptung und Gegenbehauptung gehandelt habe, wobei das Verhältniß des Gerichts einfach ein Zusehen bei diesem Kampf und die Ueberwachung der dafür aufgestellten Normen, und dasselbe verpflichtet gewesen sei, die Betheurung der beweisführenden Parthie als wahr gelten zu lassen, wenn es auch anderswoher gewußt hätte, daß die Sache sich anders verhalte. Als Grund dafür wird die Natur des Volksgerichts angegeben, vermöge deren dies keine Obrigkeit, sondern nur das Organ gewesen sei, durch welches der Streitende sein Recht erfahren habe.[2]

Wie nun aber diese Behauptung selbst (s. o.) übertrieben ist, so auch die daraus abgeleiteten Folgesätze. Allerdings zeigt das germanische Beweisrecht in beiden angeführten Beziehungen eine formalistische Natur, aber keineswegs so ausschließlich, als man gewöhnlich behauptet. Beide Momente sind nur die Folge davon, daß in der ältesten Verfassung das Staatsprinzip noch nicht frei geworden, daher noch unfähig war, das Prinzip der Untersuchung anders, als in leisen Anfängen in den Prozeß einzuführen. Es findet sich daher allerdings, daß in diesem Prozesse das Gericht nirgends selbstthätig untersuchend einschritt, daß es vielmehr nur das in die Hände der Parthieen gelegte Beweisverfahren

[1] Biener, Abh. H. 2. S. 144. 150.

[2] Planck, a. a. O. S. 207. 208. 301 f. Stein, S. 213. 214. Strafr. Fragen der Gegenw. 1. S. 39. 40.

leitete und überwachte, und die Resultate dieser Beweisführung ebenso annahm, wie im bürgerlichen Prozesse. Allein man thut sehr Unrecht, wenn man das Unreife eines solchen Verfahrens als etwas Abgeschlossenes und Endgiltiges ansieht und zum Prinzip desselben macht. Wenn sich vielmehr zeigen läßt, daß eine andere reifere Gestalt aus jener ersten auf ganz naturgemäße Weise sich entwickelt hat, so ist klar, daß auch das Prinzip der letzteren schon in etwas Anderem gelegen haben muß. Nun ist aber gewiß, daß der behauptete Formalismus des germanischen Beweisrechts keineswegs ohne Ausnahme war, daß es vielmehr Fälle gab, in welchen das Gericht nicht an die Beweisführung durch die Partheien gebunden und nicht auf blos formelle Wahrheit beschränkt war; dann nämlich, wenn das Gericht selbst etwas sieht und hört, gesehen und gehört hat,[1] namentlich wenn das Gericht selbst etwas früher von ihm Geschehenes bezeugen kann, und wenn vor dem Gericht etwas leiblich bewiesen, handhaft gemacht, zur vollen sinnlichen Evidenz gebracht werden kann.[2]

Wenn nun aber diese eigene Anschauung des Gerichts, seine unmittelbare Ueberzeugung von der materiellen Wahrheit anerkanntermaßen jeden andern Beweis ausschloß, so kann doch offenbar nicht in jenem Formalismus des Beweises in den übrigen Fällen das Prinzip des germanischen Rechts gesucht, sondern es muß vielmehr gesagt werden, daß die Behandlung dieser übrigen Fälle nur davon herrührte, daß das Gericht noch unfähig war, in denselben sich die gleiche Evidenz zu verschaffen. In diesen andern Fällen erfolgte nun entweder ein gerichtliches Geständniß, oder der Beklagte läugnete. Im ersten Fall wurde wiederum durch das Geständniß jedes weitere Verfahren ausgeschlossen. Es ist daher sonderbar, wie behauptet werden mag,[3] der altgermanische Prozeß habe auf das Geständniß nur einen sehr untergeordneten Werth gelegt. Im Gegentheil erscheint ja dieses Beweismittel als das nächste an Werth nach dem eigenen Wissen des Gerichts.[4] Darin liegt aber offenbar, daß das germanische Recht von dem Gedanken ausgieng, es müsse dem Richter, wenn er zur Strafe verur-

[1] Dies hebt auch Jolly S. 12 hervor, ohne jedoch den gehörigen Gebrauch davon zu machen.

[2] Planck, a. a. O. S. 224—229. Wächter, Beitr. S. 67.

[3] Wächter, Beitr. S. 62. Biener, Abh. H. 2. S. 151.

[4] Vgl. Michelsen, Gen. d. Jury. S. 71. 72.

theilen wolle, vor Allem die innere Seite der That, die Schuld bewiesen sein, — ein Beweis, der in der Handhaftmachung der That (nach den bekannten Grundsätzen des germanischen Rechts über Präsumtion des bösen Willens, wo der Thäter nicht durch Selbstbekenntniß, Ungefährseid rc. dieselbe ausschloß)[1] von selbst enthalten war. Derselbe Gedanke bestimmte aber auch das Beweisrecht in den Fällen, wo der Beklagte läugnete, wie dies unten näher darzulegen sein wird, sofern auch hier alle Beweisführung darauf hinausgieng, dem Gerichte durch den Ausspruch von Geschlechts- oder Gemeindegenossen oder durch den Ausspruch der Gottheit die Gewissensüberzeugung über die Schuld oder Unschuld des Angeklagten zu verschaffen. Die nationale Weiterbildung dieses Beweisrechts bestimmte sich dann, wo sie nicht zurückgedrängt wurde, sehr natürlich durch das Streben, dem Kriminalbeweis überall die doppelte Garantie der handhaften That und der subjektiven Gewissensüberzeugung über das Innerliche der That zu verschaffen.[2]

Wie nun aber das germanische Beweisrecht keinen abstrakten Formalismus in dem Sinne zeigt, daß das Gericht lediglich an die Ergebnisse der Beweisführung der Parthieen gebunden gewesen wäre, so zeigt es einen solchen auch nicht in dem Sinne, daß es sich schlechthin mit formeller Wahrheit begnügt und gar kein Streben nach materieller gezeigt hätte. Dies liegt schon in dem vorhin Angeführten, da doch in der That durch leibliche Beweisung und Geständniß vorzugsweise die materielle Wahrheit ermittelt wird. Weiter aber spricht dafür der, wenn auch untergeordnete Werth, den das germanische Recht denn doch auch auf materielle Beweismittel legt. So kennt z. B. das isländische Recht den Zeugenbeweis, nicht bloß, wie er überall im germanischen Recht vorkommt, zur Beglaubigung einzelner Handlungen im Rechtsgange, oder bei Eingehung von Verträgen, sondern, wenn auch seltener, zur Bewahrheitung streitiger Thatsachen im Prozesse,[3] wiewohl man schwerlich mit Michelsen und Biener sagen kann, es sei in jenem Rechte dem Zeugnisse sogar ein höherer Werth beigelegt worden, als dem Wahrspruche der Geschworenen (denn die angeführten Stellen sagen das keineswegs, sondern nur das ganz Natürliche, daß ein Zeugniß vor dem Wahrspruch abgelegt werden müsse, da es zur Vorbereitung des-

[1] Wilda, Strafrecht. S. 544—597.
[2] Gundermann, S. 19. 36. 37. 45—47. Vgl. Planck, S. 303.
[3] Michelsen, Gen. d. Jury. S. 87. 88.

selben gehört; gerade dies aber, daß das Zeugniß den nachfolgenden Wahrspruch nicht ausschließt, zeigt klar, wie auch das isländische Recht die oben aufgestellte germanische Grundansicht hatte). Desgleichen das schwedische Recht, aber wiederum so, daß zum Zeugenbeweis in der Regel noch Eideshülfe oder Wahrspruch der Geschworenen hinzutreten mußte, und das Zeugniß nicht Zeugniß im römischen Sinn, sondern besonders für die gerichtliche Verhandlung bestelltes Zeugniß war.[1] Ebenso ferner das dänische Recht.[2] Aber nicht nur in den nordischen Rechten findet sich dieses Bestreben, das Urtheil wenigstens in einem gewissen Umfange auf materielle Beweismittel zu gründen (wie denn schon im altdänischen Rechte, nach welchem die Geschworenen an keine gesetzliche Beweistheorie gebunden waren und vor ihnen noch kein Beweisverfahren im Gerichte stattfand, immer der Eid dahin lautete, daß sie nichts Anderes erfragt und erfahren hätten, als daß der Angeklagte schuldig oder schuldfrei sei),[3] — sondern auch in den Rechten der mitteleuropäischen Germanen kommt das Zeugniß vor, wie namentlich bei den Salfranken.[4] Auch Rogge,[5] obwohl er das nicht bestellte Zeugniß in peinlichen Sachen als Beweismittel nicht anerkennt, läßt es doch wenigstens bei Verletzungen des Markfriedens als solches gelten. Im Rechte der Dithmarschen kommt es als Grundlage des Wahrspruchs der Geschworenen, resp. der Eideshilfe ganz auf dieselbe Weise vor, wie in den nordischen Rechten.[6] Daß indessen auch im Eidhelferbeweise der Gedanke im Keime lag, es werde dadurch zugleich ein materieller Ueberzeugungsgrund geliefert, ist auch von Plank anerkannt.[7] So sehr er Gewicht darauf legt, daß nicht die Kenntniß der Eidhelfer von der Sache selbst, sondern ihr Wille, die Aussage wahr zu machen, der Schwerpunkt ihrer juristischen Beurtheilung gewesen sei, so giebt er doch zu, daß sich in diese Grundvorstellung schon sehr frühe die andere sehr naheliegende eingemischt habe, daß es bei den Mitschwörenden darauf ankomme, durch sie die Existenz der behaupteten

[1] Michelsen, S. 25. 33.
[2] Eb. S. 39. 40. 43. 59. 70. 73.
[3] Eb. S. 76.
[4] Daniels Ursprung und Werth der Geschworenenanstalt. S. 9—14.
[5] S. 99. 101. 102.
[6] Michelsen, a. a. O. S. 120. 126—129. 139—142.
[7] a. a. O. S. 210. Vgl. Jolly, S. 24. 50 unten.

Thatsache für die richtende Versammlung selbst wahrscheinlich zu machen; ja er „könnte sich sogar bescheiden, daß sich vielleicht die obige Grundvorstellung vollkommen und rein durchgeführt für keine einzige Periode eines deutschen Volksstammes nachweisen lasse."

Als charakteristisch wird zweitens für den mitteleuropäisch-germanischen Prozeß die Beweispflichtigkeit — oder vielmehr das Beweisrecht des Angeklagten hervorgehoben. Man findet darin die Ansicht ausgesprochen,[1] daß das bloße anklagende Wort eines freien Mannes die Natur eines Beweismittels habe, daß es einen Flecken auf die Ehre des Angeklagten werfe, von dem dieser sich reinigen müsse; zugleich erkennt man aber diese Reinigungspflicht des Angeklagten als ein Recht desselben, und zwar als ein Recht von höchster Bedeutung an. Die Bestimmung hängt genau mit dem Formalismus des germanischen Beweisrechts zusammen, wornach das Gericht an den Eid der Parthieen, ihr behauptendes Wort gebunden war. „Nur eine Parthie wird zum Beweise zugelassen; das ihr einmal zuerkannte Vorzugsrecht entscheidet den ganzen Prozeß. Kann sie den ihr zuerkannten Beweis führen, so hat sie unbedingt gewonnen, — wo nicht, unbedingt verloren. Der einmal zuerkannte Beweis ist unwiderleglich." Die entscheidende Rücksicht hinsichtlich des Vorzugsrechts war aber die Stellung der Parthieen in ihren Behauptungen zum Streitpunkte; diejenige gieng vor, der abgewonnen werden sollte, die angegriffene.[2] Zwar scheint nun in dem älteren Rechte der Salfranken vielmehr eine Beweisführung des Klägers mittelst Zeugen vorzukommen; allein, wie schon bemerkt, ist es mißlich, dies als eine völlige Abweichung von der allgemeinen Regel aufzufassen,[3] und jedenfalls zeigen spätere Bestimmungen, daß auch die Salier den allgemeinen Eidhelferbeweis angenommen haben.[4] Eben deshalb charakterisirt nun Biener das germanische Beweisrecht als Vertheidigungssystem, und stellt es in Gegensatz zu dem nordischen, weil das isländische Recht Beweis und Gegenbeweis kenne und die Analogie der übrigen nordischen Rechte im sonstigen Beweisrechte vermuthen lasse, daß sie dasselbe Beweissystem gehabt haben. Indessen ist diese Vermuthung eine willkührliche. Denn das schwedische und dänische Recht sprechen

[1] Rogge, S. 212 f. Wächter, Beitr. S. 63 f.
[2] Planck, a. a. O. S. 317. 320. Vgl. S. 229—297. Jolly, S. 9—12.
[3] Waiz, d. alte Rechte der sal. Franken. S. 168.
[4] Eb. S. 170. 171.

zwar auch von Fällen, in denen der Kläger für seine Behauptung Zeugen aufführt, aber das Zeugniß ist nicht als selbständiger Beweis aufzufassen, gegen welchen sofort ein Gegenbeweis stattgefunden hätte, sondern es führte zum Beweis durch Eidhilfe oder durch Geschworene, und erst dieser entschied die Sache.[1] Die Zeugenführung von Seiten des Klägers wirkt daher modifizirend auf das Beweisrecht des Angeklagten ein. Aber auch das isländische Recht selbst steht keineswegs so schroff, wie behauptet werden will, der südgermanischen Ansicht gegenüber. Denn es zeigt sich, daß auch dort von einer wirklichen Gegenbeweisführung nicht die Rede war, daß vielmehr die Vorbringung triftiger Einreden der Beklagten gewöhnlich den Erfolg hatte, daß der Sachführer selbst die Fortsetzung des Prozesses aufgab und die Sache sofort durch Vergleich in Güte ausgemacht wurde, oder daß auch wohl der Beklagte schon vorher den Kläger von seinen Einreden in Kenntniß setzte und ihn dadurch bestimmte, die Sache gar nicht anhängig zu machen.[2] Darin liegt zum Wenigsten eine Annäherung an jenen germanischen Grundgedanken, daß eigentlich nur Eine Parthei Beweis zu führen habe und dadurch bedingt der ganze Prozeß entschieden werde. Diesem Grundgedanken entspricht es gleichermaßen, wenn dem Kläger oder dem Angeklagten das Vorzugsrecht rechtlich oder faktisch zu Theil wird. Daher ist denn aber auch das Eine oder das Andere nur als Modalität zu betrachten, und keineswegs ein prinzipieller Unterschied daraus zu machen. In der That erkennen auch diejenigen, welche dem altgermanischen Prozesse den Charakter eines Vertheidigungssystems zuschreiben, mannigfaltige Ausnahmen von der Regel an.[3] Der Unterschied zwischen den nordischen und den anderen germanischen Rechten besteht aber in Wahrheit nur darin, daß hier die eine, dort die andere Modalität vorherrscht, und daß beide je von der einen zur andern übergehen, so zwar, daß nur in England der rein nationale Verlauf ohne Unterbrechung durch fremde Einflüsse sich weiter entwickelte. Jene Ausnahmen zeigen aber klar genug, daß die Regel nicht weiter gieng, als der Formalismus des Beweisrechts, welcher (s. o.) keineswegs unbedingt statt hatte. Vor Allem fiel natürlich jede Frage über das Näher-

[1] Wilda, Verh. der German. in Lübeck. S. 254.

[2] Michelsen, S. 106.

[3] Planck, S. 296. Vgl. S. 225—227. Rogge, S. 219—224. Biener, Abh. H. 2. S. 152. 153. Jolly, S. 29 f.

recht zum Eide weg, wenn der Beklagte gestand. Sie fiel aber auch ferner hinweg, wenn handhafte That vorlag, und dies war von der höchsten Wichtigkeit, weil der Begriff der Handhaftigkeit nur immer mehr erweitert zu werden brauchte, um die Fälle der Eidesreinigung mehr und mehr einzuschränken. Daß Bescholtenen, Unfreien, die ihr Herr nicht vertheidigte ꝛc., der Eid verweigert wurde, ist dagegen keine Ausnahme von der Hauptregel; bei diesen Personen trat eben das Gottesurtheil an die Stelle des Eides. Ueber die Fälle,[1] wo der Kläger von Anfang an auf den Zweikampf provoziren, resp. der Beklagte, statt durch Eid, durch Zweikampf sich reinigen konnte, siehe unten. Kann mithin weder der Formalismus des Beweises, noch das Beweisvorzugsrecht des Beklagten als der Grundcharakter des germanischen Prozesses angesehen werden, so müssen diese Punkte nur untergeordnete Momente eines andern Prinzips sein, als welches sich denn eben das obenaufgestellte ergiebt, daß das germanische Recht, den Richter auf die reine Entscheidung der Rechtsfrage beschränkend, die gesammte Thatfrage nach ihrer subjektiven und objektiven Seite zum Gegenstande des Beweises macht und daher vor Allem für den Beweis die Bewährung durch das Zeugniß der innersten Subjektivität, das Gewissen verlangt.

3) Die germanischen Beweismittel.

Dieser Grundgedanke ist eine bloße Folge des das germanische Recht beherrschenden Freiheitsprinzips. In Klagen um Friedensbruchsachen handelt es sich darum, dem Freien seine höchsten Güter, Leben, Freiheit und Ehre abzugewinnen. Denn auch da, wo er mit Bußzahlung abkommen konnte, stand doch immer, falls er diese nicht leisten wollte oder konnte, Friedlosigkeit im Hintergrunde.[2] In solchen Sachen forderte der Rechtsgeist des Volkes intensiveren Beweis, als in Civilsachen, wo es nur Besitzthum abzugewinnen galt. Insbesondere handelte es sich hier um eine aus der Freiheit hervorgegangene, aus der Schuld entsprungene That. Der Beweis mußte daher Beides umfassen, die äußere That und die Schuld. Die germanische Beweislehre zeigt von Anfang an das Vorwiegen des letzteren Moments. Sie hat nur solche Beweis-

[1] Wächter, Beitr. S. 65. 66. Biener, Abh. H. 2. S. 148. 152.
[2] Waitz, das alte Recht der Salier. S. 175—185. 201. 202.

mittel, welche die Begründung des Urtheils auf das Zeugniß der innersten Subjektivität, auf den **Glauben**, daß der Angeklagte schuldig sei, herbeizuführen geeignet waren. Eben dieses Vorwiegen des subjektiven Moments ist das Mangelhafte des altgermanischen Rechts; das Weitere mußte dann sein, den Glauben zum Wissen, zu einem auf Evidenz gegründeten Urtheile zu erheben, ohne doch das Prinzip der Subjektivität fallen zu lassen.

Daß nun auf dieses Prinzip das Gottesurtheil, sowohl als Zweikampf, wie als eigentliches Ordal gegründet ist, versteht sich von selbst. Denn es beruht eben auf dem Glauben, daß die Wahrheit über That und Schuld hier durch Gott selbst an's Licht gebracht werde. Beim Geständniß bedurfte es natürlich einer weiteren Vermittlung nicht. Die handhafte That aber stand dem Gottesurtheil gleich, da der Germane das Zeugniß der selbstsehenden und hörenden Gemeinde dem Zeugnisse Gottes gleich oder zunächst stellte.[1] Dagegen war jedes andere Zeugniß für sich eine unzureichende Kenntnißquelle, zu deren Ergänzung es immer noch einer weiteren Bewahrheitung der Sache für das Gewissen, der Eideshilfe oder des Ausspruchs von Geschworenen, bedurfte. Ordal und Handhaftigkeit waren daher dem Geständnisse koordinirt; sie gaben dieselbe Gewißheit, wie dieses, und schloßen jeden weiteren Streit über die Thatfrage aus. Allein die genannten Beweismittel waren weit nicht erschöpfend.[2] Der Zweikampf namentlich setzte theils bedeutendere Streitsachen, theils fast Alles, was auch zur Klage auf handhafte That erforderlich war,[3] besonders aber auch persönliche Kampfwürdigkeit voraus. Auch der Begriff der Handhaftigkeit wurde von Anfang an sehr sinnlich unmittelbar aufgefaßt. So blieb denn natürlich eine Reihe, und ohne Zweifel eine Mehrzahl von Fällen übrig, in welchen man beim Läugnen des Beklagten den Beweis auf andere Weise herzustellen suchen mußte.

Auch hier trat nun aber ein ganz nur auf die subjektive Bewahrheitung gerichtetes Beweismittel ein, der Eid mit Eideshelfern. Die ursprüngliche Bedeutung der Hilfe beim Eidschwur wird von **Planck** treffend so bezeichnet: „Auch bei diesen Mitschwörenden ist es, wie bei dem Eide der Parthieen selbst, nicht darauf abgesehen, der urtheilfindenden Versammlung der Genossen einen neuen (materiellen) Prüfungsgrund für

[1] **Rogge**, S. 92. **Gundermann**, S. 36.
[2] **Wächter**, Beitr. S. 66. **Rogge**, S. 220.
[3] **Albrecht**, Doctr. de probat. etc. I. p. 48.

die Wahrheit einer bestrittenen Behauptung an die Hand zu geben. Sie sind ursprünglich nicht etwa Personen, welche eidlich ihre eigene Wissenschaft vor Gericht deponiren, so daß auf ihre Sinneswahrnehmungen das Gericht eine Ansicht von der Wahrheit oder Unwahrheit der bestrittenen Behauptung gründen könnte, — mit einem Worte: diese Mitschwörenden sind keine Zeugen im romanischen Sinn. Sie sind vielmehr Personen, welche vermöge ihrer Ueberzeugung von der Wahrheit der von der Parthei gegebenen Versicherung das Gewicht ihrer eigenen Persönlichkeit für diese mit in die Wagschale werfen. Wodurch sie zu dieser Hilfe bewogen werden, ist gleichgiltig. Es mag nun sein, daß sie aus eigenen Sinneswahrnehmungen, Erzählungen Anderer, Vertrauen auf die Wahrhaftigkeit der Parthei selbst überzeugt sind, oder durch bloße verwandtschaftliche oder Freundesanhänglichkeit zur Unterstützung bewogen werden. Genug, sie erklären sich bereit, das von der Parthei Behauptete mit zu vertreten. Die rechtliche Bedeutung ihres Eides schließt sich somit genau dem Eide der Hauptparthie selbst an. Auch sie legen ihren Willen in das gegebene Wort; sie fordern, daß die Genossen dasselbe als wahr gelten lassen. Sowie sie im Nothfall die Behauptung der Parthei von dem Vorhandensein ihres Rechts mit gewaffneter Hand vertreten würden, möchte dies aus Ueberzeugung oder sonstigen Gründen geschehen, so legen sie jetzt mit ihr die schwörende Hand auf die Reliquien des Heiligen." [1] — Mit Recht wird übrigens bemerkt, daß auch hier in dem formellen Beweise der materielle als Keim gelegen habe, da es schwer anzunehmen gewesen sei, daß eine Anzahl ehrenfester Männer zu dergleichen sich hergeben würde, wenn sie nicht im Voraus von der Wahrheit durch angestellte Untersuchungen oder eigene Sinneswahrnehmuugen sich überzeugt hatten. — Mag nun dem Institute der Eideshilfe die Geschlechtsgenossenschaft [2] oder die bloße Familienverwandtschaft [3] zu Grunde gelegen haben, so ist so viel gewiß daß die Eidesgehilfen eben nur die Fehdegehilfen vertreten, und darin ihre ursprünglichste Bedeutung liegt. [4]

[1] Vgl. Jolly, S. 24.

[2] Stein, S. 215.

[3] Vgl. Schlesw. Stadtrecht bei Michelsen, Gen. d. Jury S. 59.

[4] Rogge, S. 144. AM. Waitz, I. S. 210—212, weil er mit Unrecht den Zusammenhang zwischen Fehde und Buße läugnet, ohne doch seinerseits ein haltbares Prinzip aufzustellen.

Hält man nun den Gedanken fest, daß die vorwaltende Tendenz, dem Beweis eine subjektive Spitze zu geben, die Rücksicht auf die Erforschung des materiellen Thatbestandes nicht ausschloß, sondern nur in den Hintergrund stellte, so wird man das nordische Beweisrecht nicht in so strengem Gegensatze gegen das mitteleuropäische finden können, wie es Biener thut. Es würde sich vielmehr, die Richtigkeit jener Darstellung vorausgesetzt, nur in beiden von Anfang an je das eine oder das andere Element vorwiegend zeigen, und die weitere Entwicklung bestände in dem Bestreben, sich je durch das andere zu ergänzen, woraus für beide Rechte eine entgegengesetzte Bewegung sich ergäbe, die aber keineswegs eine prinzipielle Verschiedenheit in sich schlöße.

Das älteste isländische Recht[1] kennt zweierlei Beweismittel, die Zeugen und die Ernannten. Zwar sind die ersteren (s. o.) keineswegs als Zeugen im römischen Sinne aufzufassen, da sie vielmehr bestimmte Erfordernisse haben mußten und in der Regel nur als Urkundspersonen zur Beglaubigung einzelner gerichtlicher Handlungen oder bei Abschließung bürgerlicher Rechtsgeschäfte vorkamen. Gleichwohl ist ersichtlich, daß hier das Bestreben, den materiellen Thatbestand zu ermitteln, überwog, in welcher Hinsicht zu bemerken ist, daß die Ernannten die Bestimmung hatten, fehlende Zeugen zu ersetzen, und daß bei Kollision zwischen Zeugenaussagen und einem Ausspruch der Ernannten erstere vorgiengen. Andererseits fehlt aber auch hier das ächtgermanische Element keineswegs. Es zeigt sich darin, daß die Aussage der Zeugen, wo sie nicht etwa die Eigenschaft eines Gerichtszeugnisses hatte, für sich nicht ausreichte, sondern durch einen Ausspruch der Ernannten ergänzt werden mußte. Dieser Ausspruch der Ernannten geht aber nicht, wie die Aussage der Zeugen, bloß auf eigene Sinneswahrnehmungen, sondern vielmehr auf die Ueberzeugung, die sie aus Wahrnehmungen oder Reflexionen über die Schuld- oder Thatfrage im vorliegenden Falle gewannen. Kann man auch in diesen Ernannten noch nicht mit Michelsen und Biener[2] die ausgebildete Jury finden, so liegt sie doch im Keime darin. Sie stehen, wie Ersterer richtig bemerkt, den Zeugen näher, als den Eideshelfern, was sich besonders in der strengen Festhaltung des Erfordernisses

[1] Michelsen, Genesis der Jury. S. 79—112. Vgl. Dahlmann, Gesch. v. Dänemark. II. S. 198—203.

[2] Abh. 2. S. 147. Not. 40. Vgl. aber auch Wilda in den Verh. der Germ. in Lübeck. S. 257.

der Nachbarschaft kund giebt. Sie vertreten die Zeugen, haben mit diesen die gleichen persönlichen Erfordernisse, es werden Ernannte des Klägers von den Ernannten des Beklagten unterschieden, so daß jene über die Klage, diese über die Einrede ihren Ausspruch thun; überhaupt liegt bei ihnen die Voraussetzung zu Grunde, daß sie eben als Nachbarn die beste Auskunft über den materiellen Sachverhalt werden zu geben wissen. Aber gleichwohl sind sie nicht mehr bloße Zeugen; sie sind ein Mittelgebilde zwischen Zeugen und Eidhelfern, deren Rolle sie übernehmen, und eben darin liegt der Ansatz zur Jury, sofern sie, ohne auf eigene Sinneswahrnehmungen angewiesen zu sein, nur ihre Ueberzeugung eidlich zu bekräftigen haben. Wie viel ihnen freilich zur vollen Jury noch fehlte, zeigt sich erst, wenn man die Entwicklung des englischen Rechts in's Auge faßt. Gerade die Unreife des Instituts führte aber unter norwegischer Herrschaft dazu, daß es so leicht verdrängt und der Reinigungseid mit Eideshilfe eingeführt werden konnte. Die Ernannten waren zwar subjektiv zugeschnittene Zeugen, sie waren wirkliche nominati et electi (durch den Hundertschaftsvorsteher oder — unter Ausübung des Rekusationsrechts — durch die Partheien); aber es trat diejenige Entwicklung des Beweisverfahrens nicht ein, welche es möglich gemacht hätte, daß die Gemeinde an ihre Stelle getreten wäre. Sie blieben in dem Uebergang zwischen materiellen Zeugen und Eideshelfern stecken. Ihr Wahrspruch behielt das Schwankende zwischen einem wirklichen Zeugniß und einem auf Evidenz gebauten Gewissensausspruch, da nichts geschah, um diese Evidenz herbeizuführen. So erklärt sich, wie sie zu bloßen Gerüchtszeugen herabsinken konnten, deren unvollkommene Aussagen erst noch einen Reinigungseid mit Eidhelfern zur Ergänzung forderte. Ebenso im Wesentlichen das norwegische Recht. [1]

Auch in Schweden fanden sich Zeugnißfälle und Nämdafälle; zu beiden sind aber Eidhelferbeweisfälle und Gottesurtheilsfälle gekommen. [2] Erstere sind das Frühere, Reinigungseid und Gottesurtheil das Spätere. Das Gottesurtheil kam dann wieder ab, und die betreffenden Fälle wurden zu Eid- oder zu Nämdafällen. Auch hier also wiegt von Anfang an das Streben nach Ermittlung des materiellen Sachverhalts

[1] Michelsen, Gen. d. Jury. S. 112—116. Gundermann, S. 26. n. 53. Wilda in den Verh. der Germ. in Lübeck. S. 256.

[2] Michelsen, S. 23—38. Wilda, a. a. O. S. 253—256.

vor, gleichfalls so, daß in der Nämd das Zeugniß eine durchaus subjektive Wendung hat. Auch die eigentliche Zeugenaussage aber muß immer noch im Eide oder im Wahrspruch der Nämd ihre Ergänzung finden. In dem Reinigungseide mit Eideshelfern ist sofort auch hier der abstrakte Ausdruck des germanischen Subjektivitätsprinzips in das Beweisrecht eingetreten. Doch darf man nicht mit Biener sagen, es sei hier das ursprüngliche System durch das germanische Vertheidigungssystem verdrängt worden. Denn, wenn auch der Ausdruck vorkommt, der Angeklagte habe sich durch die Nämd zu wehren, so sind doch die Ausdrücke viel häufiger: die Nämd habe ihn schuldig oder unschuldig zu schwören, sie habe ihn zu wehren oder zu fällen. Allerdings haben sich aber beide Momente zu Einem System als Glieder vereinigt, so zwar, daß nach Abkommen des Gottesurtheils die schwereren Fälle Nämdfälle, die geringeren Eidfälle waren. Schon dies zeigt, daß die Nämd hier zu größerer Ausbildung gekommen war, als in Norwegen und Island, wo ihr Ausspruch zu einem bloßen Gerüchtszeugniß von untergeordnetem Werthe herabsinken konnte. Dasselbe geht aber auch aus noch mehreren andern Umständen hervor. Namentlich finden sich hier die Nämdmänner nicht in Gerufene des Klägers und Gerufene des Beklagten geschieden, sondern sie sind zusammen ein Ganzes, das zwar entweder durch Wahl von Seiten der Partheien zusammengesetzt oder doch wenigstens unter ausgedehnten Verwerfungsrechten der letzteren vom Beamten ernannt wird, sodann aber durchaus als Beweismittel beider Partheien, d. h. wenigstens im Keime[1] schon als eigentliches Gericht über die Thatfrage erscheint. Sodann sieht man die schwedische Nämd bereits darauf angewiesen, auf den Grund von Zeugenaussagen hin zu entscheiden, deren Werth zu untersuchen und erst hiernach ihren eidlichen Wahrspruch abzugeben. Einen besondern Gegensatz gegen das isländisch-norwegische Recht bietet aber der Umstand dar, daß in Fällen, wo eine Kombination der Nämd und des Reinigungseides stattfand, der Zwölfmanneneid zuerst geschworen werden und darauf erst noch der Wahrspruch der Nämd hinzutreten mußte. Die Nämd ist hier also nicht hinter der Eidhilfe als das geringere Beweismittel zurückgetreten, sondern sie hat nur dieses neben sich dulden müssen,[2] ohne doch ihre

[1] Zu weit geht wohl Maurer, Freipflege. S. 51. 52.

[2] Sonderbarer Weise sieht Michelsen gerade in diesem Mangel das Normale, und muß deshalb nothwendig die reifere Gestalt des Instituts in England mißverstehen.

Superiorität zu verlieren. Freilich liegt aber eben hierin andererseits doch wieder ein Zeichen der Unreife, da sonst die Nämd den Eidhelferbeweis ganz hätte in sich absorbiren müssen. Sie ist in Schweden bloßes Beweismittel geblieben; es ist ihr nicht gelungen, sich zum wirklichen Gericht über die Thatfrage zu erheben. So war sie endlich im Laufe des 17ten Jahrhunderts doch nicht fähig, einer veränderten Ansicht über das prozessualische Beweisverfahren, besonders über den Gebrauch des Zeugnisses und des Eides, Widerstand zu leisten; sie gieng unter, ohne ihre Idee zur Reife gebracht zu haben.

Die dänischen Nävn oder Nävninger sind der schwedischen Nämd im Wesentlichen ganz gleich.[1] Besonders ist hier der Satz wichtig, daß, wenn der Kläger Zeugen für sich hatte, der Beklagte sich dem Wahrspruch der Nävn unterwerfen mußte, während er im entgegengesetzten Fall mit Eidhelfern sich losschwören konnte. Wie die schwedische Nämd, so erscheint auch die dänische Näfnd bereits viel weiter ausgebildet, als das analoge Institut in Island und Norwegen, daher auch Kolderup-Rosenvinge, mit Unrecht von Michelsen hierüber getadelt, keinen Anstand nimmt, die Nävn geradezu als Richter über die Thatfrage zu bezeichnen. Sie unterscheiden sich von den Eideshelfern auf's Bestimmteste, namentlich auch dadurch, daß ihnen wiederholt eingeschärft wird, sie dürfen nicht schweigen, sondern müssen den Angeklagten frei oder schuldig schwören. Am weitesten ausgebildet erscheint das Institut im Jütischen Low, wo die Hardesnäfnd aus je 3 Männern aus jedem Viertel der Hundertschaft zusammengesetzt wird, mithin darin bereits eine Vertretung der Gemeinde liegt. Ebenso die auf ein Jahr ernannten Mitglieder der Ransnäfnd, je 2 aus einem Viertel; desgleichen die 8 Sandmänner, die in jeder Hundertschaft auf Lebenszeit bestellt wurden. Damit hängt denn zusammen, daß alle diese Arten von Wahrspruchsmännern darauf hingewiesen wurden, über den Sachverhalt Erkundigung einzuziehen und dann endlich auszusagen, was sie als das Wahrste selbst wahrgenommen oder durch Erkundigung bei Andern in Erfahrung gebracht hätten. Dieses Moment kam aber hier zu noch bestimmterer Ausbildung, d. h. man fieng an, der Näfnd als Grundlage für ihren Wahrspruch gerichtlich aufgenommene Zeugenaus-

[1] Kolderup-Rosenvinge, Grundriß der dän. R.G. §. 75. Ders. diss. de usu juramenti s. leg. Dan. antiquas. Michelsen, Gen. der Jury. S. 38—78. Wilda in den Verh. der Germ. in Lübeck. S. 253—256.

sagen vorzulegen und sie an bestimmte Beweisgrundsätze zu binden, was denn dazu führte, daß man ihren Ausspruch sogar einem sehr ausgebildeten Instanzenzuge unterwarf. Trotzdem nun aber, daß das dänische Institut auch gegenüber dem schwedischen viel reicher entwickelt erscheint, ist es ihm doch nicht gelungen, das letzte Stadium zu erreichen, in welchem es selbstkräftig genug geworden wäre, alle übrigen Momente des Beweisrechts sich zu unterwerfen. Auch die dänische Näfnd mußte den Reinigungseid mit Eidhelfern neben sich dulden; ja sie mußte sogar in mehreren Stadtrechten demselben geradezu weichen, so jedoch (was bemerkenswerth ist), daß dieser die Näfnd ersetzende Eid ein zweifacher oder dreifacher Zwölfmanneneid sein mußte. Namentlich ist aber bezeichnend, daß in vielen Fällen, wo Beweis durch Eideshilfe stattfand, daneben noch zwei Zeugen gefordert wurden, die einen Wissenseid zu schwören hatten, während die Eidhelfer einen bloßen Glaubenseid schworen. Man sieht daraus, daß diese beiden Momente, deren Verschmelzung zur Einheit die Grundlage für die Idee der Jury ausmacht, im dänischen Rechte noch auseinander fielen. Wie daher das Institut der veridici und nominati auf der einen Seite das Institut der Eideshilfe nicht zu bemeistern und in sich zu absorbiren vermochte, vielmehr zum Theil eine schwankende Grenze gegen dasselbe zeigte, wo das Verfahren mit Ernannten geradezu in das mit Eidhelfern übergieng, so vermochte es auf der andern Seite im 16ten Jahrh. auch der romanisirenden Ansicht über die Natur und Kraft des materiellen Zeugenbeweises nicht auf die Dauer zu widerstehen. Es erhielt sich zwar noch eine Zeitlang in seiner Superiorität gegen beide untergeordneten Momente, den Eidhelfer — und den Zeugenbeweis; dann aber ward es von diesem überwuchert. Wie nun das dänische Recht überall das vermittelnde bildet zwischen dem skandinavischen und germanischen, so auch hier. Nach Biener zwar wäre auch in Dänemark das germanische Vertheidigungssystem, namentlich der Reinigungseid, erst im elften Jahrhundert eingedrungen und infolge davon wäre das Institut der Näfnd zu einem Vertheidigungsmittel des Beklagten umgebildet worden. Allein nach den Untersuchungen Anderer[1] ist dies keineswegs richtig, vielmehr das Institut der Eideshilfe in Dänemark ebenso alt, wie das der Näfnd, und zwar beide nur für die Fälle in Anwendung, wo nicht gerichtliches Geständniß oder handhafte That

[1] S. bes. Kolderup-Rosenvinge und Michelsen.

vorlag, ersteres für die leichteren, letzteres für die schwereren Fälle. Da nun das dänische Recht aber allerdings auch das materielle Zeugniß in ungleich größerem Umfang kennt, als das altdeutsche, so stellt sich als das Charakteristische an ihm gerade das hervor, daß es die beiden verschiedenen Momente, die im isländisch-norwegischen und im altdeutschen Rechte gesondert vorkommen, materielles Zeugniß und Eideshilfe, neben einander und zugleich die Vereinigung beider im Institute der Näfnd enthält, die sich nur nicht zum vollen Begriffe des Geschworenengerichts auszubilden vermag, weil sie ihre Elemente ihrer höheren Einheit nicht völlig ein- und unterzuordnen im Stande ist. Daher auch das Auffallende des Nebeneinanderbestehens der zwei im Wesentlichen so ähnlichen Institute der Nävninger und der Sandmänner, und daß erstere so leicht in das Institut der bloßen Eidhelfer übergehen, während in den letzteren offenbar die Idee von Gerichts- oder Nachbarzeugen vorwaltet, die nur die Rolle von Eidhelfern übernommen haben. Desgleichen das Auffallende, daß einerseits der Ausspruch der nominati und der veridici fortwährend den Charakter eines bloßen Beweismittels behält, gleichwohl aber auch wieder als ein Urtheil behandelt wird, das sogar einem sehr ausgebildeten Instanzenzuge unterworfen wird, weshalb denn auch die Thätigkeit jener dänischen Schwurmänner so leicht mit der von Schöffen verwechselt werden konnte. Es zeigt sich, daß das dänische Recht zu viele Elemente von Norden und Süden her in sich aufnahm, die es schließlich nicht zu einem Ganzen zu verschmelzen wußte. Obgleich daher dieses dänische Recht weiter, als irgend ein anderes nordisches, in der Entwicklung der Idee des Geschworenengerichts kam, so gieng dieses doch noch vor seiner vollen Ausbildung wieder unter,[1] und seine Elemente, Zeugniß und Eid, wurden zu Momenten eines ganz anderen Systems.

Das kontinentale Beweissystem ist nun jedenfalls vorwiegend subjektiver Natur, d. h. es hält sich für die Fälle, wo nicht sinnliche Evidenz oder Geständniß vorliegt, vorwiegend an das Beweismittel der Eideshilfe. Während in den erstgenannten Fällen in dem vorhandenen Beweis schon das Urtheil liegt, so tritt die Eideshilfe eben ein, wo der Streit zwischen Behauptung und Gegenbehauptung noch ungeschlichtet ist und der Vorzug zwischen beiden in Frage steht. Die allgemeine

[1] Michelsen, S. 184 f. Wilda, a. a. O. S. 258.

Ansicht, daß das Festland in der Regel eben nur Eidhelfer, nicht materielle Zeugen als Beweismittel gekannt,[1] und daß der Beklagte mit seinen Eidhelfern (außer dem Fall der handhaften That und des kämpflichen Ansprechens) den Vorzug im Beweisrechte gehabt habe,[2] wird neuerdings wieder von Daniels[3] in Zweifel gezogen, welcher behauptet, das germanische Recht habe auch materiellen Zeugenbeweis gekannt, und es sei nach demselben zuvörderst der Kläger den Beweis zu führen schuldig gewesen.

Allein die Stellen, auf welche er sich beruft, beweisen seine Behauptung nicht. Namentlich können die aus der lex Salica nicht zu einem allgemein giltigen Beweise gebraucht werden. Will man nämlich auch nicht mit Montesquieu[4] annehmen, daß das salische Recht gerade in diesem Punkte von allen übrigen germanischen Rechten völlig abgewichen sei und etwa römischen Einfluß zeige, so ist doch jedenfalls auch von Andern[5] anerkannt, daß das ältere salische Recht in dieser Frage einiges Besondere hatte, wiewohl dessen spätere Rezensionen mit den Bestimmungen der übrigen Volksrechte im Wesentlichen übereinstimmen. Indessen lassen sich die betreffenden Stellen auch so erklären, daß eine wesentliche Abweichung anzunehmen nicht nöthig ist. Der überall vorkommende Ausdruck: si ei adprobatum fuerit ist, wie auch Waitz zugiebt, keineswegs mit Ueberführung durch klägerische Zeugen identisch zu nehmen, sondern heißt allgemein: wenn die Schuld des Beklagten zu Tage liegt, durch Geständniß, oder weil ihm die Reinigung mißlungen ist.[6] Dafür spricht ganz klar der Tit. 53, wo adprobatus, convictus eben nur das Mißlingen des Kesselfangs heißen kann. Der Ausdruck: convictus cum testibus kommt gerade an einer Stelle vor, wo die testes offenbar die von Rogge[7] sog. Nachbarzeugen sind, also vielmehr Urtheiler, als Zeugen im technischen Sinne. Aber auch außer-

[1] S. z. B. Biener, Abh. 2. S. 146. Planck, a. a. O. S. 209–217. Jolly, a. a. O.

[2] S. z. B. Eichhorn, R.G. §. 77 aa.

[3] Ursprung und Werth der Geschworenenanstalt. S. 9 f. S. auch Pardessus, loi Salique, der jedoch der Sache eine an das Richtige streifende Wendung giebt.

[4] Esprit des loix. XXVIII. 13. Vgl. Rogge, S. 147 f. Eichhorn, R.G. §. 77 a.

[5] Waitz, Recht der Salier. S. 166—173.

[6] Gaupp, das alte Gesetz der Thüringer. S. 321.

[7] Rogge, S. 101. N. 114.

dem ist ein convincere cum testibus in dem ächt germanischen System nichts so Anomales. Die testes können Zeugen der handhaften That (Schreileute, Klageidhelfer) oder Zeugen sein, welche der Kläger mitbringt, wenn er den Beklagten gefangen vor Gericht führt.[1] In diesen beiden Fällen nämlich fiel ja bekanntlich das Beweisvorzugsrecht des Beklagten hinweg.[2] Auch der Ausdruck der späteren Rezensionen: si probatio certa non fuerit, kann ganz wohl nur die beiden eben angeführten Fälle bezeichnen. Ueberhaupt aber ist ja allgemein zugegeben, daß das spätere salische Recht den Eidhelferbeweis ebenso annahm, wie die übrigen deutschen Volksrechte. Ebenso wenig beweisen die Stellen aus dem burgundischen Gesetzbuch, was sie beweisen sollen. Denn von ihnen gilt ganz das eben Gesagte, d. h. ein Beweisantreten des Klägers, wie ein convincere cum testibus ist dem deutschen Rechte nichts Fremdes, sobald man nur dabei an die Fälle der handhaften That oder an solche denkt, wo Nachbarzeugen einen Wahrspruch ablegen konnten. Außerdem aber bezieht Daniels auf den Zeugenbeweis Stellen, wie den Tit. 45, die anerkanntermaßen[3] offenbar von Eidhelfern zu verstehen sind. Auch die negativen Beweise, die Daniels vorbringt, halten nicht Stich. Er sagt, es wäre widersinnig, anzunehmen, daß es in der Willkühr des Klägers gelegen haben könnte, den Beklagten dem Ordal zu unterwerfen, oder die Wahl zwischen Reinigungseid oder Ordal zu entscheiden. Allein diese Einwendung verliert gegenüber der lex Salica alles Gewicht, da diese ja ausdrücklich dem Kläger[4] es überläßt, ob er dem Beklagten anstatt des Kesselgriffs die Eidesreinigung gestatten will, wie denn auch sonst dem Kläger die Wahl zwischen den beiden Arten von Reinigung des Beklagten zugestanden wird.[5] Ferner wird ja zugegeben, daß der h. Agobard gerade darüber sich beklage, daß man auf das burgundische Gesetz die vielen, ihm anstößigen Reinigungseide gründe, weshalb denn auch Agobard den Vorschlag machte, den Burgundern das fränkische

[1] L. Ripuar. 41, 1. 2. Gaupp, S. 371. 372.

[2] Albrecht, Doctr. de probat. I. §. 22. 23. Planck, a. a. O. S. 296.

[3] S. z. B. Eichhorn, R.G. §. 77 h. Wilda, Hall. Encyklop. voc. Ordalien. S. 474. 478. Abegg, hist. prakt. Erört. S. 64. Not. 80.

[4] Vorausgesetzt, daß der Kläger einen Voreid mit Eidhelfern leistet. Gaupp, Ges. d. Thüringer. S. 319 f.

[5] L. Angl. et Werin. I. §. 3. Gaupp, das alte Gesetz der Thüringer. S. 409.

Recht zu geben.[1] Will man aber auch den Gebrauch des materiellen Zeugnisses nicht schlechthin läugnen, so ist es ja zugestanden, daß dieses immer noch der Prüfung durch ein Gottesurtheil, namentlich das des Kampfs unterlag;[2] darin liegt aber klar ausgesprochen, daß man dem Zeugnisse keineswegs den Werth eines für sich entscheidenden Beweismittels zugestand. Es ist indessen bekannt genug, daß der Ausdruck testes keineswegs berechtigt, an materielle Zeugen zu denken,[3] wenn gleich umgekehrt auch keineswegs zu läugnen ist, daß ohne Zweifel auch auf Seiten der Eidhelfer eine materielle Wissenschaft von der Sache zwar nicht gefordert, aber doch wohl mehr oder minder vorausgesetzt wurde, namentlich wo sie als Mitschwörer des Klägers auftreten. Uebrigens soll nicht einmal in Abrede gezogen werden, daß man wirklich auch auf materielles Zeugniß Rücksicht nahm, wenn es auch gleich nicht (außer den Fällen des gewählten und des Nachbarzeugnisses) zum Range eines wahren Beweismittels erhoben war. Gewiß ist ja, daß dem Erkenntniß über die Beweisführung immer eine richterliche Untersuchung vorangieng. Hier konnten nun allerdings vom Kläger wirkliche Zeugen produzirt sein, ohne daß doch eigentliche Handhaftigkeit vorlag;[4] ohne Zweifel hieng es dann von dem Grade der dadurch gelieferten Aufklärung wenigstens mit ab, ob auf Reinigung durch Eid oder durch Gottesurtheil erkannt wurde; ja es konnte eben die Produktion solcher Zeugen mittelbar die Sachfälligkeit des Beklagten bewirken, sofern dieser es vorzog, zu gestehen, oder wenigstens auf den Eid zu verzichten, oder sofern seine Eidgenossen nun nicht schwören mochten. Ein größeres Gewicht aber darf sicherlich dem materiellen Zeugnisse in den Volksrechten nicht eingeräumt werden, da ja erst in den Zeiten der Karolinger[5] und — nach eingetretenem Rückschritt — wieder im Mittelalter die Geschichte des Beweisverfahrens wesentlich an dem schrittweisen zur Geltung Kommen des materiellen Zeugnisses als selbständigen Beweismittels ihren Inhalt hat.[6] Ebenso wenig kann von einer Beweislast des Klägers die Rede

[1] Wilda, a. a. O. S. 479. 480.

[2] Vgl. L. Bajuv. XVI. 1. 2. XVII. 2. L. Sax. XVI. 1. In der ersten Stelle ist freilich von einem Nachbarzeugnisse die Rede, und die Anfechtung ist der Anfechtung eines Urtheils zu vergleichen. l. Burg. LXXX.

[3] Rogge, S. 127. 128.

[4] Wilda, a. a. O. S. 473. Waitz, Recht d. Salier. S. 170.

[5] Rogge, S. 231—242. Daniels, S. 20—23.

[6] Albrecht, Doctr. de probat. und die angef. Abh. von Planck.

sein, vielmehr muß als Regel das Beweisvorzugsrecht des Beklagten festgehalten werden, auf dessen Ausübung allerdings die vom Kläger angebotenen Aufklärungsmittel Einfluß haben konnten, abgesehen davon, daß es durch Evidenz (Gerichtszeugniß, Handhaftigkeit rc.) jedenfalls ausgeschlossen wurde. Daher hat denn auch wohl Wächter [1] Unrecht, wenn er sagt, der Kläger habe wenigstens die Befugniß gehabt, durch Zeugenbeweis den Beklagten von der Eidesreinigung auszuschließen. Selbst gegen ein Nachbarzeugniß konnte der Beklagte sich durch das Gottesurtheil des Kampfs vertheidigen; jedes andere aber schloß ihn wenigstens vom Eide nicht aus.

4) Die Einseitigkeit dieses Beweisrechts.

Schwerlich dürfte mithin die gemeine Meinung, welche bei den Völkern des germanischen Festlands anstatt des materiellen Zeugnisses den Eid mit Eideshelfern als das regelmäßige Beweismittel annimmt, einer gegründeten Anfechtung unterliegen. Mag immer auch dieses Prozeßrecht das Nachbarzeugniß und für gewisse Fälle auch den Beweis (der Unschuld) durch erwählte Zeugen anerkannt und ihm großes Gewicht beigelegt haben, [2] so treten diese Fälle doch als Ausnahmen hinter der Regel zurück. Diese zeigt denn aber deutlich, daß das kontinentale Prozeßrecht das Hauptgewicht auf die subjektive Seite des Beweises legt. Denn die Eideshilfe, wie das subsidiäre Gottesurtheil, bezweckt keine Ueberzeugung aus objektiven Wahrheitskriterien, sondern aus subjektiven; auch da, wo es als Beweismittel anerkannt ist, unterliegt das materielle Zeugniß immer noch der Anfechtung durch ein Gottesurtheil. Darin liegt jedoch keineswegs eine prinzipielle Entgegensetzung gegen das System des Beweises durch objektive Wahrheitskriterien. [3]

Dagegen spricht ja vor Allem das Gewicht, das man der leiblichen Beweisung, dem Gerichtszeugniß, dem Geständniß beilegte; desgleichen die Bedeutung, welche auch dem Privatzeugnisse wenigstens ausnahmsweise in größerem oder geringerem Maße rechtlich oder thatsächlich zugestanden wurde. Ueberhaupt aber lag ja auch bei dem Eidhelferbeweise die Voraussetzung zu Grunde, daß die Ueberzeugung der Mitschwörer mehr oder minder

[1] Beitr. z. deutsch. Gesch. S. 66.

[2] Rogge, S. 101. 108—110.

[3] Die gegentheilige Behauptung Rogge's S. 141 und sonst (s. auch Abegg, hist. prakt. Erörter. S. 61) gehört zu seinen Uebertreibungen.

zugleich auf sinnliche Wahrnehmung begründet sein werde.[1] Allein gleichwohl ist jenem Prozeßrechte eben dies eigenthümlich, daß die objektive Seite jedenfalls sehr entschieden hinter der subjektiven zurücktritt und sich nur auf sehr unvollkommene Weise geltend zu machen weiß. Im weitern Verlauf der Entwicklung trat sie aber immer mächtiger hervor.

Ursprünglich allerdings ist dem Eidhelferinstitute auch jene mittelbare Beziehung auf die objektive Seite fremd gewesen. Die Eidgenossen sind nichts Anderes, als die Fehdegenossen gewesen. Der Eidhelferbeweis ist das Surrogat für das Gottesgericht des Kampfs der Geschlechter, welchen die Gemeinde um des Friedens willen nicht ferner dulden wollte; und es ist eine richtige Bemerkung,[2] daß durch die Grundlage des Kampfes und das Auftreten schon des Klägers mit Eidmannen „die Stärke des anklagenden Wortes eines Freien," — woran man neuerdings wieder Anstoß genommen hat, — zu erklären sei. Wenn gleich aber die Entstehung des Instituts mit dem Bedürfnisse der Ermittlung der materiellen Wahrheit sicherlich nichts zu thun hatte, so mußte doch ebenso gewiß, sobald es einmal vorhanden war, jene Beziehung sich fühlbar machen. Denn, wenn auch zunächst die Mitschwörer allerdings ihren Genossen nur ebenso durch ihr Wort vertreten wollten und sollten, wie sie es außerdem in der Fehde gethan haben würden, und wenn gleich eben in dieser Stärkung des Eides des Sachgewaltigen der juristische Schwerpunkt lag, so mußte doch dem natürlichen Verstande sogleich klar werden, daß in dem Ausspruch der Eidhelfer zugleich ein Beweismittel, eine Garantie für den Urtheiler liege, die eben in der Voraussetzung beruhte, daß die Schwurgenossen nicht in's Blaue hinein ihre Persönlichkeit verpfänden würden.[3] Diese Voraussetzung war aber um so näher gelegt, wenn, wie anzunehmen, die Eidgenossen eben nur die Geschlechts- und Nachbarschaftsgenossen der Partheien waren.[4] Das Charakteristische bleibt jedoch immer, daß diese Voraussetzung durchaus die Nebensache war. Konnten sich doch noch im späteren Mittelalter,

[1] Rogge, S. 137. Planck, a. a. O. S. 210. Stein, franz. R.G. S. 215. Daher ist es wieder starke Uebertreibung, was Rogge S. 214. 215. behauptet und was ihm jetzt wieder der Verf. der strafr. Fragen d. Gegenw. S 38. 39. nachspricht.

[2] Gundermann, S. 21.

[3] Albrecht, l. c. in der Einl.

[4] Stein, a. a. O.

als der materielle Zeugenbeweis immer mehr zu entschiedener Geltung kam, die Deutschen nur sehr schwer daran gewöhnen, die Reihen der Zeugen von bloßen Eidhelfern rein zu erhalten. [1] Nicht daß sie den Werth der Aussage de visu et auditu verkannt hätten; — aber sie genügte ihnen nicht; sie forderten vom Zeugen Eigenschaften ganz besonderer Art, und die Hauptsache war ihnen nicht die Mittheilung sinnlicher Wahrnehmung, sondern der durch den Eid garantirte Gewissensausspruch freier Männer, welche für die Parthieen ihre eigene Persönlichkeit in die Wagschale legten, mochte nun die von ihnen ausgesprochene Ueberzeugung auf eigenen sinnlichen Wahrnehmungen oder auf welcher sonstigen Kenntnißquelle beruhen.

Könnte indessen trotz des auffallenden Vorrangs, welchen die Volksrechte übereinstimmend dem Eidhelferinstitute im Beweisrechte einräumen, noch ein Zweifel über den subjektiven Grundzug dieses Beweisrechts bestehen, so muß dieser ganz und gar verschwinden, wenn man bedenkt, welche Bedeutung dem Gottesurtheile eingeräumt ist. Mag es immerhin in der Geschichte der Gottesurtheile noch so viele dunkle und unsichere Parthieen geben, so ist doch soviel gewiß, daß sie bei den germanischen Völkern Jahrhunderte lang in Uebung und im größten Ansehen gewesen sind. Ebenso wenig kann über die denselben zum Grunde liegende Idee irgend ein Zweifel herrschen. [2] Sie beruhen auf dem Glauben, „daß die Gottheit, die Bitte der Menschen erhörend, den Schleier, der die Augen derselben umhüllt, heben und sie in Klarheit die Gestalt der Dinge erschauen lassen werde.“ Man erwartete von der Gottheit die unmittelbare Aufdeckung der Wahrheit ohne Vermittlung irgend einer sinnlichen Wahrnehmung über den fraglichen Vorfall selbst; das Gottesgericht sollte also eine Gewissensberuhigung, und zwar die möglichst höchste geben, ohne daß dabei eine Aufhellung des fraglichen Vorfalls nach objektiven Wahrheitskriterien begehrt und geliefert wurde. Es ist mithin offenbar, daß man erstere für die Hauptsache, letztere für die Nebensache hielt, die allenfalls entbehrt werden konnte und, wo sie vorhanden war, jedenfalls zur Ueberzeugung nicht für genügend erachtet wurde. Zwar lassen sich über die Fälle der Anwendbarkeit der Gottes-

[1] Albrecht. l. c. Pars II. p. 57. 58. Vgl. Jolly und Planck a. a. O.

[2] Wilda in der Hall. Encykl. v. Ordalien. S. 453. Vgl. Majer, Gesch. d. Ord. S. 13.



urtheile und über ihr Verhältniß zu den übrigen Beweismitteln keine schlechthin bestimmten Regeln angeben.[1] Aber gewiß ist jedenfalls, daß jeder andere Beweis, ausgenommen der durch Evidenz und Gerichtszeugniß, durch Berufung auf ein Gottesurtheil angefochten werden konnte, sei es nun,[2] daß der andere Beweis dann gar nicht angetreten werden durfte, oder daß der schon gelieferte durch das Gottesurtheil wieder entkräftet werden konnte.[3] Allerdings mag letzteres für die Regel nicht statthaft gewesen sein, da die Parthie ein Beweismittel des Gegners, dem sie nicht zur Zeit widersprochen hatte, gegen sich gelten lassen mußte. Unläugbar ist aber, daß es wenigstens ausnahmsweise vorkam, und zwar namentlich im Falle eines gelieferten materiellen Zeugenbeweises.[4] Schon darin aber, daß es vorkommen konnte, liegt offenbar der Beweis, daß das germanische Rechtsbewußtsein an den Beweis eine Forderung stellte, die über die Forderung des römischen Rechtsbewußtseins an denselben hinausgieng, und die eben in dem Bedürfniß der subjektiven Bewährung für das innerste Gewissen lag. Hiemit hieng es eben zusammen, daß auch die ausnahmsweise zugelassenen Zeugen gewisse bestimmte Eigenschaften haben mußten,[5] welches Erforderniß allein schon klar bezeugt, daß an einen selbständigen materiellen Zeugenbeweis als regelmäßiges Beweismittel im romanischen Sinne hier gar nicht zu denken ist. Dies hätte eben vorausgesetzt, daß auch andere Personen, falls ihnen nur Glaubwürdigkeit nicht hätte abgesprochen werden können, zum Zeugnisse hätten zugelassen werden müssen. Allein gerade das widerstrebte dem freien Germanen. Um ihn in peinlichen Sachen zu überführen, der Lüge zu überweisen, forderte er mehr; zu diesem Behufe mußten ebenbürtige Genossen das Gewicht ihrer eigenen Persönlichkeit in die Wagschale werfen, ihre eigene Ehre verpfänden und nöthigenfalls für ihren Gewissensausspruch mit dem Leben einstehen; — oder es mußte der Gegner das ihn selbst gefährdende Kampfgericht anbieten, oder sonst ein Gottesurtheil gewählt werden; — oder es mußte das Zeugniß der Gemeinde, das dem Zeugniß Gottes am nächsten geachtet wurde, ent-

[1] Wilda, a. a. O. S. 477.

[2] L. Rip. t. 59. c. 4. Capit. Car. M. a. a. 803 ad leg. Rip. §. 3. L. Burg. t. 8. §. 2. t. 45. Leg. Rothar. c. 9. L. Fris. t. 9. c. 3.

[3] L. Fris. t. 14. c. 3.

[4] L. Bajuv. tit. 16. c. 2.

[5] Rogge, S. 110—113. Planck, a. a. O. S. 214—216.

gegenstehen, ein Zeugniß, zu dessen Vermittlung die Handhaftmachung der That diente.[1]

Allerdings konnte aber das germanische Beweisrecht in dieser Einseitigkeit nicht auf die Dauer befriedigen. Nur liegt diese gerade nicht in dem, was Daniels[2] angiebt, sondern vielmehr gerade in der Indifferenz gegen die objektiven Wahrheitskriterien. Der Fortschritt konnte nur darin bestehen, daß das, was erst bloß vorausgesetzt worden war, nämlich das eigene Wissen der Mitschwörer um die fraglichen Thatsachen, auch wirklich verlangt und zum ausdrücklichen Erfordernisse gemacht wurde.

Der einfachste Weg hiezu wäre gewesen, wenn man geradezu das einheimische Recht verlassen und die Grundsätze des römischen Rechts angenommen hätte. Allein auch vorausgesetzt, daß diese zur Zeit der Karolinger schon nicht nur bekannt, sondern auch in ihrem Wesen erkannt gewesen wären, — würde es sehr oberflächlich sein, wenn man sich einen solchen Wechsel so leicht denken wollte. Er war es nicht einmal in viel späterer Zeit, obgleich es Manche glauben.[3] Vielmehr machte sich das Erforderniß der sinnlichen Wahrnehmung auf Seite der Mitschwörenden selbst im Mittelalter nur sehr allmälig und in schrittweisem Fortschreiten Bahn. In der That widerstrebte aber einem so einfachen Wechsel die ganze germanische Weltanschauung in ihrem prinzipiellen Unterschiede von der antiken. Allerdings hat sich im späteren Mittelalter das deutsche Beweisrecht dazu bequemen müssen, in diesem, wie in andern Stücken, dem römischen zu weichen. Aber dies geschah nur infolge der Verkümmerung der nationalen Entwicklung des deutschen Rechts; es geschah selbst in jener Zeit keineswegs mit vollkommener Aufopferung der volksthümlichen Grundansicht; was aber gleichwohl dabei gegen diese gesündigt wurde, das ist eben unsere Zeit wieder gut zu machen bemüht.

Der einfache Uebergang zu der romanischen Auffassung des Zeugnisses als eines für sich genügenden objektiven Wahrheitskriteriums war dem germanischen Rechte nicht möglich, außer um den Preis der Aufopferung seiner eigenen Grundansicht, wie sie im Vorigen angegeben

[1] Gundermann, S. 18. 19.

[2] S. 14.

[3] Vgl. z. B. Wächter, Beitr. zur deutsch. Gesch. Abh. 3. S. aber dagegen Albrecht und Planck a. a. O.

wurde. Wie hätte denn aber das Recht der festländischen germanischen Völker zu einer Zeit, wo eine nationale Fortbildung desselben noch nicht verkümmert war, diesen Selbstmord an sich begehen können, während das Recht ihrer nordischen Brüder gerade vom objektiven Zeugnisse aus jener subjektiven Grundansicht zustrebte?[1]

Wenn jene Einseitigkeit des ursprünglichen Beweisrechts der kontinentalen Völker in nationalem Sinne ergänzt werden sollte, so konnte von einem Ueberspringen von der Eidhilfe zum materiellen Zeugnisse unmöglich die Rede sein, sondern es konnte sich nur davon handeln, beide Seiten der Sache, die objektive und die subjektive, zu vermitteln, mithin nur von anderer Seite her dasselbe anzustreben, was auch in den nordischen Rechten versucht wurde. Ist nun die vollendete Form dieser Vermittlung das Geschworenengericht, so kann kurz und gut gesagt werden: das germanische Recht mußte der Entwicklung der Idee der Jury zustreben. Eben dies konnte aber — nach dem Bisherigen — nur durch Ausbildung der bisher vernachlässigten objektiven Seite geschehen, und diese Ausbildung konnte wiederum nicht erfolgen, wenn nicht das Untersuchungsprinzip aus seiner anfänglichen Machtlosigkeit hervortrat.[2] Beides trat denn auch wirklich zur Zeit der karolingischen Herrschaft ein, — nur daß freilich die Entwicklung nicht zum Schlusse kam.[3]

5) Bestimmungen des karolingischen Rechts.

Die Einseitigkeit des ursprünglichen Beweissystems machte sich mit der Zeit in bedeutenden praktischen Uebelständen fühlbar. Insbesondere erhoben sich schwere Klagen über Mißbrauch des Eides und gegen den Gebrauch des Zweikampfs.[4] Das Institut der Eideshilfe scheint namentlich bei den Burgundern und Lombarden entartet zu sein,[5] wohl auch im Zusammenhang damit, daß man es den Römern zugänglich machen wollte. Eben wegen der Frivolität, womit Meineide geschworen wurden, ist im Burgundischen Gesetze gestattet, die Eideshelfer zum Kampfe zu

[1] So wenigstens nach der Darstellung von Kolderup-Rosenvinge, Michelsen, Biener &c.

[2] Biener, Abh. 2. H. S. 62. 63.

[3] Hiemit ist wohl auch Gundermann einverstanden, der mir (S. 47. Not. 93) mit Unrecht eine andere Ansicht zuschreibt.

[4] Rogge, S. 168.

[5] Leg. Long. Pipini, 46. L. Burg. t. 8. c. 1.

fordern.[1] Freilich sieht man auch umgekehrt, wie die Gesetzgebung sich bemüht, der Entartung des Zweikampfs durch Erweiterung des Instituts der Eideshilfe zu steuern,[2] wie denn dieses ohne Zweifel von Anfang an die Bestimmung hatte, die Fehde und den ihr Prinzip bewahrenden gerichtlichen Zweikampf zu verdrängen. So namentlich bei den Longobarden und in Kapitularien Karls des Gr., der an die Stelle des Zweikampfs die Kreuzesprobe setzen wollte,[3] — nur daß freilich die Volkssitte, welche dem Zweikampf günstig war, meist derlei gesetzgeberischen Anordnungen widerstrebte. Natürlich konnten aber solche Anordnungen, die nur von Pontius an Pilatus appellirten, gar nichts helfen; man trieb sich damit im Zirkel herum. Ein fernerer Uebelstand kam hinzu. Wäre nämlich auch mit dem Eide gar nicht der Mißbrauch getrieben worden, der wenigstens bei vielen Stämmen wirklich damit getrieben wurde, so mußte doch unfehlbar mit der Auflösung der alten Geschlechtsverfassung[4] (oder wenigstens der ursprünglichen Bedeutung des Familienzusammenhangs) das Eidhelferinstitut immer mehr seinen alten Boden verlieren.[5] Es ist wohl eine richtige Bemerkung von Stein, daß dasselbe am meisten da in Unordnuug und Verfall gekommen sei, wo die alte Gentilenverbindung am meisten örtlich versprengt und untergegangen sei, — dagegen sich um so länger habe erhalten müssen, je länger die alten Zustände, wenn auch nur äußerer Form nach, bestanden hätten. Dagegen hat er Unrecht, wenn er die Sache so darstellt, als sei mit der alten (auf der Einheit des Geschlechts beruhenden) Verfassung das Beweisverfahren durch Eideshilfe nicht nur in Unordnung gerathen, sondern auch geradezu untergegangen, um sofort den Ordalien und dem Zweikampf Platz zu machen. Vielmehr ist das Institut der Eideshilfe nur einer Umbildung unterlegen, deren volle Entwicklung, wo ihr Zeit gelassen war, ihren Abschluß im Geschwornengerichte gefunden hat.

Diese Umbildung, die keineswegs[6] blos das Bestreben, dem Miß-

[1] L. Burg. t. 45. Wilda, voc. Ordalien. S. 474. Vgl. Capit. Caroli M. a. a. 803 ad leg. Rip. §. 3. L. Burg. t. 8. §. 2. L. Fris. t. 9. c. 3.

[2] Wilda, a. a. O. S. 478.

[3] Ed. Rothar. c. 164—166. Grimoaldi legg. 1. 2. 4. Luitprandi legg. 71. 118. Capit. 803 ad l. Rip. §. 3. 6. Capit. 806. §. 14.

[4] Stein, a. a. O. S. 215. 216.

[5] Waiz, Recht der Salier. S. 172. 173.

[6] Wie es Daniels S. 14 ff. darstellt.

brauch des Eides zu steuern, zum Motiv hat, liegt in den Vorschriften über die Auswahl der Eideshelfer, auf welche theils der Gegenparthie, theils dem Gerichte Einfluß eingeräumt wird. Es ist wohl zu bemerken, daß diese Bestimmungen bei allen germanischen Stämmen, [1] nicht etwa bloß bei den Angelsachsen, sich finden. Indessen ist es zweckmäßig, die nähere Erörterung ihrer Bedeutung hier vorerst noch zu verschieben. Als Motive erscheinen [2] das Bestreben, dem Mißbrauch des Reinigungseides durch Erschwerung desselben entgegenzutreten, das Bedürfniß, dem Geistlichen und dem Fremden den Gebrauch der Eidhelfer möglich zu machen, vornämlich aber wohl das Bewußtsein, daß die ursprüngliche Grundlage des Instituts in den veränderten Verhältnissen keinen Boden mehr hatte und demselben daher ein neuer gegeben werden mußte. Je mehr das Beweisverfahren sich von der Wurzel des Fehdewesens ablöste und je mehr die politische Bedeutung der Familienverbindung von dem erstarkenden Gemeinwesen in den Hintergrund gedrängt wurde, um so nöthiger wurde es in der That, jenem Institute, wenn man es nicht geradezu aufgeben wollte, eine neue Garantie zu verschaffen. Daß man es in peinlichen Sachen nicht aufgeben wollte, dafür wurde schon oben als Grund angegeben, daß den Germanen in Sachen, wo Leben, Leib und Ehre auf dem Spiele stand, eine Ueberführung nicht genügte, wobei nicht die Schwörenden selbst das ganze Gewicht ihrer Persönlichkeit einsetzten, mithin neben ihrem etwaigen Wissen um den fraglichen Vorfall selbst zugleich ihre innigste Ueberzeugung über Schuld oder Unschuld aussprachen. Dies tritt um so deutlicher hervor, wenn man sieht, wie in bürgerlichen Rechtssachen viel früher der Uebergang zum materiellen Zeugenbeweise (freilich auch keineswegs im romanischen Sinne) gemacht wurde.

Welche Motive aber auch jene Umgestaltung des Eidhelferinstituts hervorgerufen haben mögen, so lag jedenfalls in ihr der Keim zu ferneren Fortschritten. Die Funktion der Eideshilfe war nun nicht mehr ein Vorrecht und Beruf bestimmter Personen, noch ein einseitiges Beweis-

[1] L. Alam. t. 6. 53. 76. Ed. Rothar. c. 364. 366. L. Bajuv. t. 1. c. 6. §. 2. t. 7. c. 15. L. Sal. XIV. 2. 3. XVI. 3. Vgl. über die Kyonsnäfn Michelsen S. 58. 59.

[2] Rogge S. 169 f. legt zu großes Gewicht darauf, daß der Kläger die Eidhelfer aus der Familie des Beklagten habe ernennen müssen. Vgl. Philipps, engl. R.G. II. S. 269. Daniels, S. 14—17. Gundermann, S. 25. 28.

mittel; sie erschien nun als ein beiden Parthieen gemeinschaftliches Beweismittel und als eine Funktion, die übertragen werden konnte, was um so wichtiger war, wenn das Gericht die Ernennung in seine Hand bekam.[1] In der That hat die Uebertragung der Funktion der Eideshilfe auf die Repräsentanten der Gemeinde im Verlauf der Entwicklung zum Geschworenengerichte geführt.

Indessen war doch auch mit dieser Modifikation des Eidhelferinstituts noch immer das Gebiet der abstrakt subjektiven Seite des Beweises nicht verlassen. Zwar war es nun dem Kläger, wie dem Gerichte an die Hand gegeben, solche Eidhelfer zu ernennen, welchen sie eine materielle Wissenschaft von dem fraglichen Vorfalle zutrauten,[2] und dadurch den Reinigungsbeweis mißlingen zu machen. Allein noch immer war diese materielle Wissenschaft kein ausdrückliches Erforderniß, und es lag darin noch nicht der juristische Schwerpunkt.

Sollte also jene Einseitigkeit wirklich beseitigt werden, so mußte noch ein weiterer Schritt erfolgen. Schon bisher hat uns nun die Ueberzeugung geleitet, daß die ausdrückliche Anerkennung der objektiven Seite, d. h. die Forderung objektiver Wahrheitskriterien, wenn sie im germanischen Beweisrechte erfolgte, nichts demselben Fremdes und Anomales war. Gerade dies hat der sonst so scharfsinnige Rogge[3] verkannt. Ihm ist es ein Axiom, daß das ächtgermanische Beweisverfahren in Strafsachen, wenige Ausnahmen abgerechnet, das materielle Zeugniß nicht etwa bloß ignorirt, sondern grundsätzlich für nichts geachtet habe. Das Geschworenengericht leitet er unmittelbar aus der Eideshilfe ab, indem er meint, durch das Wegfallen der Gottesurtheile seien die Eideshelfer einfach an und für sich selbst zu Geschworenen geworden.[4] Eben daher sind ihm auch die sogleich zu erwähnenden karolingischen Einrichtungen nicht Fortschritte auf dem Weg zum Geschworenengericht, sondern er behauptet im Gegentheil, durch sie sei das fränkische Reich vor den Geschworenengerichten bewahrt und vielmehr dem römischkanonischen Prozeßrechte der Weg gebahnt worden.[5] Allein für gewisse Fälle

[1] Gundermann, S. 27. 28.

[2] Besonders wenn die Eidhelfer aus dem Distrikt gewählt werden mußten. Kolderup-Rosenvinge, Grundriß der dänischen R.G. §. 75 a.

[3] Gerichtswesen S. 141.

[4] Ebend. S. 242—254.

[5] Ebend. S. 239—242. 245. Vgl. dagegen Gundermann, S. 37. Not. 75.

giebt er ja selbst den Gebrauch des materiellen Zeugnisses im germanischen Strafverfahren zu; und daß dasselbe ohne Zweifel noch außerdem vielfach wenigstens von großem mittelbarem Einflusse gewesen sei, wurde schon oben angeführt. Den schlagendsten Beweis aber ergiebt das nordische Strafrecht,[1] welches dem materiellen Zeugnisse einen größeren Spielraum, wenn auch freilich nicht im Sinne des römischen Rechts, von jeher einräumte. Auch das kontinentale Recht mußte früher oder später zur wirklichen Anerkennung des Erfordernisses materieller Wissenschaft bei den Mitschwörern fortgehen.

Gerade dieser Schritt aber war für das germanische Recht sehr schwer. Denn die einfache Anerkennung der überführenden Kraft des materiellen Zeugnisses widerstrebte dem germanischen Freiheitssinn entschieden.[2] Es wäre ja dadurch möglich geworden, daß ein freier Volksgenosse durch die Aussage von Weibern, Knechten ꝛc. hätte zur Strafe gebracht werden können. Hätte man aber andererseits von den Eidhelfern geradezu materielle Wissenschaft von dem Vorfalle verlangen, d. h. ohne Erfüllung dieses Erfordernisses Niemand zur Eideshilfe zulassen wollen, so wäre damit das Institut der Eideshilfe geradezu zerstört, und überdies ohne Zweifel in manchen Fällen alle Beweisführung unmöglich geworden. Die Entwicklung in England zeigt, auf welche Weise allein hier eine Vermittlung in nationalem Sinne stattfinden konnte, — nämlich durch Uebertragung der Eidesfunktionen für beide Partheien an Geschworene, die nicht selbst materielle Kenntniß vom Vorfalle haben, wohl aber solche durch vor ihnen vernommene Zeugen erhalten, und die zugleich als Repräsentanten der Gemeinde erscheinen, daher ihr Zeugniß die ehrfurchtgebietende Natur des Gemeindezeugnisses annimmt. Eine solche Entwicklung setzte aber verschiedene Zwischenstufen voraus, und von diesen hat das festländische Beweisrecht nur einige erreicht. Zunächst schlugen die schon angedeuteten karolingischen Bestimmungen ganz den richtigen Weg ein.[3]

Mit der Entwicklung in England stimmt es überein und liegt in der Natur der Sache, daß die Tendenz, dem Beweise eine Garantie

[1] Kolderup-Rosenvinge, Grundriß der dän. R.Gesch. §. 26. 73—78.

[2] Gundermann, S. 19 ob. Vgl. Rogge, §. 23. 24. Planck, S. 214. 215.

[3] Vgl. Rogge, §. 43. Biener, Beitr. S. 123—125. 134. v. Daniels, S. 20—23.

durch objektive Wahrheitskriterien zu geben, in bürgerlichen Rechtssachen früher hervortrat, als in peinlichen.[1] Die karolingischen Bestimmungen beziehen sich wohl zunächst nur auf die ersteren, woneben freilich es nicht verwundern darf, wenn auch in Strafsachen die Ansicht laut wurde, daß drei oder vier ehrenfesten und ebenbürtigen Zeugen gegenüber ein Reinigungseid mit Eidhelfern als frivol nicht ferner zugelassen werden sollte.[2] Offenbar steht aber diese Ansicht isolirt und mehr nur als frommer Wunsch da; dazu war sie unpraktisch, wenn an dem Erfordernisse der Standesgleichheit festgehalten wurde; überdies ist es bezeichnend genug, daß **3 — 4** Zeugen verlangt werden, und, wo nur Einer vorhanden ist, das Gottesurtheil des Kampfes vorgeschrieben wird.

Karl d. G. knüpft offenbar an den schon oben erwähnten Gebrauch an, wornach man die Parthie in der Wahl ihrer Mitschwörer beschränkte. Der Ausdruck **testes**, dessen er sich bedient, wird von Einigen für „Beweiszeugen" genommen (so von Biener, v. Daniels rc.),[3] während Rogge darin keine eigentlichen Zeugen, sondern modifizirte Eidhelfer sieht. Das Letztere ist ohne Zweifel das Richtige; dafür spricht die vorgeschriebene Wahl derselben, desgleichen die für dieselben vorgeschriebenen besonderen Qualitäten. Allein allerdings konnten sich daraus in bürgerlichen Sachen sehr leicht eigentliche Beweiszeugen entwickeln, aus welchen sich unschwer eine wahre Civiljury hätte hervorbilden können. Ueberhaupt wird man wohlthun, den Begriff der Zeugen, auch wo sie offenbar den Eideshelfern entgegengesetzt werden, im deutschen Recht immerhin viel weiter zu nehmen, als nach heutigem Rechte.[4] Noch im Mittelalter gewöhnten sich die Deutschen sehr schwer an das Erforderniß, daß der Zeuge die bestimmte Sache sinnlich wahrgenommen haben müsse; man ließ als Zeugen auch solche gelten, die nur überhaupt Wissenschaft von der Sache hatten, ja solche, bei denen man ein Wissen darum nur voraussetzte.[5] Eben dies machte, daß die Begriffe der Eidhelfer

[1] Gundermann, S. 13—18.

[2] L. Alam. t. 42. c. 1. L. Bajuv. t. 8. c. 16. §. 1. 2. ib. t. 2. c. 1. §. 1. 2. Vgl. Rogge, §. 42.

[3] S. indessen Daniels S. 16 in der Note, wo die gecorene to witnesse geradezu als electi, d. h. als Eidhelfer bezeichnet werden.

[4] S. z. B. die Zeugen hinsichtlich der im Bette getödteten Ehebrecher bei Kolderup-Rosenvinge, Grundriß §. 77. d.

[5] Planck, a. a. O. S. 213. 214.

und der Zeugen leicht in einander übergehen konnten. Dabei ist besonders das Erforderniß der Vizinität zu beachten, das sich für die einen, wie für die andern hie und da vorgeschrieben findet, und worin sich eben das Bestreben ausspricht, solche zu Mitschwörern zu berufen, welchen ein materielles Wissen um die Sache zugetraut werden könne.

Die karolingischen Anordnungen bestehen nun wesentlich in Folgendem: Die testes sollen nicht ohne vorgängige Untersuchung zum Schwur gelassen, sondern vorher vom Richter geprüft und nöthigenfalls einzeln verhört werden; der Kläger soll sie nicht in Abwesenheit seines Gegners auswählen, dieser sein Verwerfungsrecht nicht ohne Angabe triftiger Gründe ausüben; auch sollen die testes eben aus dem betreffenden Distrikte gewählt werden.[1] — Hier schlägt sichtlich noch der Charakter der Eidhelfer vor. — Drei Jahre darauf entzog der Kaiser das Recht, die testes zu ernennen, den Partheien und verordnete, der Richter solle glaubwürdige Männer aus der Nachbarschaft berufen und um ihre Wissenschaft von der Sache befragen.[2] Dasselbe wurde vier Jahre später wiederholt.[3] Im Jahr 819 ließ zwar Ludwig d. Fr. die Wahl der testes durch die Parthieen wieder zu, aber mit der Bedingung der Vizinität, und mit der Ausnahme, daß in Armensachen der Richter glaubwürdige Notable aus dem Distrikt als testes berufen solle.[4] Im Jahr 829 schärfte er dasselbe Verfahren für Fiskalsachen ein, und in demselben Jahre verordnete er, daß die königlichen Botschafter ein für allemal solche Notable auswählen sollen, deren sich die Grafen bei ihren Beweiserhebungen und zur Erklärung über die veritas rei zu bedienen hätten.[5] Die gleichen Anordnungen kehren in den für die Longobarden erlassenen Gesetzen wieder,[6] und Beweise für eine denselben gemäße Praxis finden sich von den Jahren 802 — 824 mehrfach vor. Später freilich findet sich auch das alte Verfahren wieder angewendet.[7] Dagegen findet sich die allgemeine Verordnung Ludwigs des Fr. im Jahr 873 durch Karl d. Kahlen wörtlich wiederholt.[8]

[1] Capit. II. 805. §. 11. Vgl. Capit. II. 809. §. 6.
[2] Capit. III. 808. §. 3.
[3] Capit. III. 812. §. 3.
[4] Capit. I. 819. §. 10. II. 819. c. 1.
[5] Capit. Worm. 829. Rubr. V. c. 6. Rubr. II. c. 3.
[6] Legg. Longob. Car. M. 67. Lothar. 49. 67.
[7] Buchner, öff. Gerichtsverf. Anh. Nr. 19—23. 30—32, vgl. 34. 35. 37.
[8] Capit. Car. Calvi. ap. Caris. c. 11.

In diesen Vorschriften handelt es sich nun sichtlich nicht mehr von bloßen Eidhelfern, sondern von demselben Institute, das uns in angelsächsischen Gesetzen begegnet, — dem Institute der ständigen Gerichts- und Geschäftszeugen für bürgerliche Rechtssachen. [1] Das Neue lag eben nur in dem Verbot der Produktion durch die Parthieen und in der Ständigkeit der Einrichtung. Denn die Beweiskraft des Nachbarzeugnisses und der Aussage erwählter Geschäfts- und Prozeßzeugen war von jeher anerkannt. Nur freilich war auch von jeher die Anfechtung dieses Zeugnisses durch ein Gottesurtheil gestattet gewesen, und daß zu dieser Anfechtung sehr oft genügender Grund vorgelegen haben muß, zeigen eben die vielen karolingischen Bestimmungen wegen Bestrafung und Verhinderung meineidigen Zeugnisses. Die oben namhaft gemachten Anordnungen bezweckten nun sichtlich, dem Institute eine solidere Garantie zu geben, indem theils das ursprüngliche Erforderniß der Vizinität (als die natürlichste Präsumtion für das wirkliche materielle Wissen der Zeugen) wieder eingeschärft, theils durch die richterliche Ernennung und Ständigkeit das Institut gleichsam unter die Kategorie des von jeher so hochgeachteten Gerichts- oder Gemeindezeugnisses gebracht wurde, um so mehr, als die königlichen Botschafter in der Auswahl der betreffenden Personen auf die meliores beschränkt sein sollten. Ohne Zweifel hatte wenigstens dem Nachbarzeugnisse schon ursprünglich dieselbe Idee zu Grunde gelegen. Allein das Institut war auf dieselbe Weise und aus denselben Gründen, wie das der Eideshilfe, im Verlauf der Zeiten entartet, und die ursprüngliche Idee sollte jetzt in einer neuen und angemesseneren Form wiederhergestellt werden. Während nämlich unter der alten Gemeindeverfassung sämmtliche Gemeindegenossen die Eigenschaft von Gerichts- und Geschäftszeugen hatten, weil alle bürgerlichen Rechtsgeschäfte in der Regel vor der Gemeinde abgeschlossen werden mußten und alle gerichtlichen Handlungen vor dem Volksgericht vorgenommen wurden, so war dies im Laufe der Zeit anders und eben dadurch die Garantie der Wahrheit für die von den Parthieen produzirten Nachbar- und Geschäftszeugen prekär geworden. Nachdem der alte innige Zusammenhang der Gemeindeglieder nach und nach aufgehört hatte, und die ursprünglich umfassende Thätigkeit und Bedeutung der Gemeindeversammlung auf ein immer geringeres Maß beschränkt

[1] Gundermann, S. 13—18.

worden war, kam es darauf an, der Idee des Gemeindezeugnisses eine neue Form zu geben,[1] indem man an die Stelle der ganzen Gemeinde eine Repräsentation derselben, d. h. eine bestimmte Anzahl von Gerichts- und Geschäftszeugen setzte, deren Aussagen dann im Falle von Streitigkeiten eine sichere Garantie der Evidenz darboten. Dieselben sind ebenso, wie in den angelsächsischen Gesetzen, Notable (homines meliores de villa vel de hundredo) aus dem Distrikt: und ebenso ist eine Wahl des Beweisführers ausgeschlossen. In England wurde das vicinetum mittelst der Rekognitionen zur stabilen Assise, woraus die Civiljury hervorgieng.[2] Allein eben diese Ausbildung wurde dem fränkischen Institute nicht zu Theil.

In den angeführten karolingischen Bestimmungen über die von Seiten der öffentlichen Gewalt zu ernennenden Zeugen für bürgerliche Rechtssachen liegt das andere oben erwähnte Moment, d. h. das bestimmte Hervortreten des Untersuchungsprinzips von selbst. Zwar hat man dabei sicherlich nicht an eine umfassende Untersuchung des Sachverhältnisses und skrupulöse Abwägung der Glaubwürdigkeit der einzelnen Aussagen zu denken.[3] Nur hinsichtlich der von den Partheien vorgeschlagenen testes war dem Richter eine Prüfung vorgeschrieben. Nachher ist nur von einem inquirere per veraces homines circummanentes die Rede, von einer inquisitio per testimonium meliorum et veraciorum, qui in eo comitatu esse cognoscantur; diese sollen ernannt werden ad inquisitiones faciendas et rei veritatem dicendam et ut adjutores Comitum sint ad justitias faciendas. Darin liegt offenbar nicht viel mehr, als daß die Richter angewiesen werden, den Notablen den Fall vorzulegen und die streitige Thatsache von ihnen festsetzen zu lassen.[4] Immer aber war es ein Anfang von offizieller, durch die Untersuchungsmaxime bestimmter richterlicher Thätigkeit, der sich weiter entwickeln konnte.

Ein ähnlicher Ansatz zu Geltendmachung des Untersuchungsprinzips findet sich nun aber ferner im karolingischen Strafverfahren,[5]

[1] Reeves, hist. of the engl. law. I. p. 23. Näheres s. unten.

[2] Gundermann, S. 56—58.

[3] So meint es v. Daniels S. 20. 21.

[4] Biener, Beitr. S. 134.

[5] Die entgegenstehende Deutung von Unger, altdeutsche Ger.Verf. S. 402—406, ist sehr gezwungen.

ein Ansatz, der bei weiterer Entwicklung naturgemäß zur Kriminaljury hätte führen müssen. Es ist nicht ganz richtig, wenn Biener sagt, daß sich vor Karl der Große vom Rügen nur eine sehr ungewisse Spur finde. Zwar ist nämlich allerdings die von ihm hier angeführte Decretio Childeb. c. 7. nicht auf das Rügen zu beziehen. Dagegen sind schon oben einige Anordnungen merovingischer Könige namhaft gemacht worden,[1] welche den Gemeinden die Verpflichtung der Aufspürung von Verbrechern auflegen. Die bestimmte Form des Rügens findet sich aber allerdings erst unter Karl d. Gr., der den Grafen und Centenarien vorschreibt, daß sie Unterbeamte zum Zweck des Rügens von Verbrechen haben sollen. Desgleichen wurden die Missi angewiesen, in jeder Grafschaft eine Anzahl Männer auszuwählen und diese auf ihre beschworene Unterthanenpflicht hin zum Rügen aller unerlaubten Bedrückungen anzuhalten. Dasselbe findet sich in den longobardischen Gesetzen angeordnet; und noch in den Kapitularien Karls d. Kahlen wird den königlichen Botschaftern aufgegeben, alle Unterthanen unter eidlicher Bekräftigung zur Rüge von Verbrechern anzuweisen.[2] Es erhellt, daß dieses weltliche Rügeinstitut mit den geistlichen Sendgerichten innig verwandt, ja zu Zeiten unmittelbar in Verbindung gesetzt war. Ueber das Verfahren gegen die Gerügten scheint sich freilich ebensowenig ein festes Recht ausgebildet zu haben, als dies Anfangs in England unter den gleichen Verhältnissen der Fall war. Je nach den Umständen findet sich, daß die Beamten angewiesen werden, einen Ankläger ausfindig zu machen, und, wenn dann ein solcher sich nicht findet, oder auch von Anfang an wird bald Reinigung durch Eid, bald Reinigung durch den Kampf oder ein anderes Gottesurtheil angeordnet, auch wohl das Verfahren der königlichen Entschließung vorbehalten.

Beide bisher besprochenen karolingischen Einrichtungen waren jedoch nicht lebenskräftig genug, um den darin enthaltenen Keim weiter zu entwickeln. Schon oben wurde angegeben, daß das Institut der einmal für alle Male ernannten Nachbarzeugen große Mühe fand, sich durch-

[1] Childeb. II. et Chlot. II. pactum. (Pertz III. p. 7.) Chlodov. Capit. pacto leg. Sal. add. c. 9. Wilda, Strafr. S. 73. 216.

[2] Capit. I. 802. c. 25. Capit. 828. c. 3. Vgl. Capit. II. 802. c. 23. Leg. Longob. Pipini c. 9. Cap. Syn. ap. Caris. 857. c. 2–8. Cap. ap. Caris. a. 873. c. 7. cf. Capit. II. 813. c. 1. Biener, Beitr. S. 129–133. v. Daniels, S. 28–34.

zusetzen, und daß sich neben solchen ernannten Zeugen immer auch wieder solche finden, welche von den Parthieen produzirt sind. Eben dies wird auch durch die von Daniels[1] beigebrachten Stellen bestätigt. Nicht minder aber ist es von den Rügegerichten bekannt, daß sie sich in keinem Falle als eine allgemeine Einrichtung zu behaupten wußten. Wenn gleich daher von beiden Instituten sich vereinzelte Anwendungen mehrfach forterhalten haben, so erscheint doch mit ihnen eine bisher stetig fortschreitende Rechtsentwicklung als abgebrochen, und das Beweisverfahren, das nach dem Zerfall der karolingischen Monarchie in Deutschland und Frankreich hervortritt, knüpft nicht an ihnen an und spinnt die in ihnen enthaltenen Gedanken nicht weiter fort. Im Gegentheil wird aus dem Folgenden erhellen, daß das Beweisrecht des Mittelalters zunächst auf seine alten Grundlagen wieder zurückgieng, von diesem Rückfalle aus aber mit Verlassung der volksthümlichen Grundgedanken auf einen Punkt geführt wurde, wo es mit dem romanischen zusammentraf und sofort diesem, als dem feiner ausgebildeten, Platz machen mußte. Dieser Punkt ist aber eben kein anderer, als der Sieg des materiellen Zeugenbeweises über den Eidhelferbeweis, mithin dasselbe Ergebniß, zu welchem auch die nordischen Rechte, nachdem sie ursprünglich den entgegengesetzten Weg genommen hatten, doch endlich aus dem Grunde gelangten, weil es ihnen nicht gelungen war, die in ihnen zum Theil schon viel weiter fortgeschrittene Vermittlung der objektiven und subjektiven Seite des Beweises zu voller Reife zu bringen.

6) Entwicklung des deutschen und französischen Beweisrechts im Mittelalter.

Mit der zuletzt aufgestellten Behauptung, daß mit der Auflösung des karolingisch-germanischen Reichs das festländische Beweisrecht einen Rückfall erlitten und in seiner weiteren Entwicklung seine volksthümlichen Grundideeen verläugnet habe, steht nun freilich in schneidendem Kontraste die neuestens vertheidigte Ansicht,[2] wornach „der Ursprung des Geschworenengerichts sich mit vollkommener Sicherheit auf karolingisch-fränkische Anordnungen zurückführen lassen soll.“ Allein diese Ansicht leidet, wie die meisten übrigen Darstellungen der Entstehung des Ge-

[1] S. 34—38. n. 1—7.

[2] v. Daniels, Ursprung und Werth der Geschworenenanstalt. S. 4 ff.

schworenengerichts, an dem Fehler, daß sie sich weniger an den Geist der Sache, als an bloße Aeußerlichkeiten und Einzelnheiten hält, daher wohl die eine oder andere Seite richtig trifft, im Ganzen aber gleichwohl für Irrthum erklärt werden muß.

a) Ansicht von v. Daniels.

So richtig es ist, daß das Nachbarzeugniß und das Rügeverfahren bedeutende Momente in der Entwicklung des Geschworenengerichts sind, so unrichtig ist es, darin mehr als den bloßen Anfang dieser Entwicklung zu sehen, zu welcher es vielmehr noch ganz andere Mittelglieder bedurfte, von welchen in dem karolingisch-fränkischen Rechte keine Spur zu finden ist. v. Daniels spricht aber in der That [1] ganz unbedenklich von Wahrspruch und Geschworenen, wo von beiden noch gar nicht die Rede sein kann, wo es sich vielmehr lediglich von dem altherkömmlichen und nur durch die karolingischen Einrichtungen in eine offizielle Form gebrachten Nachbarzeugnisse handelt. Ja die meisten der angeführten Stellen zeigen sogar, daß schon im Lauf des 9. Jahrhunderts diese Form der ernannten Nachbarzeugen aus der Praxis großentheils wieder verschwunden sein muß, da in der Regel die Beweisführer ihre Zeugen selbst mitbringen. Sollten nun diese Nachbarzeugen als Geschworene anzuerkennen sein, so müßte man das Dasein von Geschworenen schon im grausten germanischen Alterthum annehmen; sollten aber die altherkömmlichen Nachbarzeugen sich etwa im 9. Jahrhundert dadurch (und dies wäre ja das einzig Denkbare) in Geschworene umgewandelt haben, daß jetzt der Anfang zu einer offiziellen Untersuchung des Sachverhältnisses durch den Richter gemacht wurde, so müßten ja in der That auch die Zeugen im gemeinrechtlichen deutschen Prozesse für Geschworene erklärt werden. Denn auch diese werden vereidet, über das Sachverhältniß und den Grund ihres Wissens vernommen, und ihre Aussage, wenn sie erheblich ist, bedingt das Erkenntniß. —

Sofort stützt sich jene Darstellung auf die Behauptung, daß das mit der Ausbildung der Jury in Verbindung stehende englische Institut der reisenden Richter keine in England erfundene Neuerung sei, sondern mit ähnlichen Einrichtungen in Frankreich, namentlich in der Nor-

[1] S. 34—38.

mandie übereinstimme, welche unverkennbare Fortsetzungen des karolingischen Instituts der königlichen Botschafter seien. Da nun sowohl die Inquisition, als die Rüge durch die pagenses von den capitula itineris dieser Botschafter ausgegangen sei, so stelle sich offenbar ein Zusammenhang der englischen Entwicklung mit den karolingischen Anordnungen heraus. Abgesehen jedoch davon, daß sich weder die ernannten Nachbarzeugen, noch die Rügemänner der Kapitularien spezifisch an das Institut der missi anschließen,[1] ist es eine überaus äußerliche Auffassung der Sache, wenn auf den vermeintlichen Zusammenhang der Kommissäre des englischen Königshofs mit den karolingischen missi, wenn auch mehr als eine bloß äußerliche Aehnlichkeit erweislich wäre,[2] für die Entwicklung der Beweisfrage Gewicht gelegt wird. Das ist allerdings richtig, wenn Anknüpfungen für die englische Entwicklung in der Normandie gesucht werden, — aber nur aus dem Grunde, weil gerade in der Normandie sich die altgermanische, auf der Idee des Gemeindefriedens ruhende Verfassung viel länger, als im übrigen Frankreich erhalten hat, mithin Wurzel oder Analogie für eine ächtgermanische Rechtsbildung hier mit größerem Recht erwartet werden darf, als anderswo.[3] Aus demselben Grunde ist es aber um so unpassender, wenn auch die Rechtsentwicklung im übrigen Frankreich, ebenwie die der Normandie, als eine unmittelbare Fortsetzung des altgermanischen Rechts bezeichnet wird.[4] Uebrigens wird später zugegeben, daß die festere Form, welche die inquisitio per patriam in der Normandie und in England angenommen habe, in Frankreich nicht zur Ausbildung gekommen sei. Gerade aus dieser festeren Form nun aber entwickelte sich erst das Geschworenengericht, und eben deshalb ist es ganz unzulässig, mit diesem Namen schon die ersten schwachen Anfänge zu bezeichnen, welche in den karolingischen Anordnungen liegen.[5]

Auch fernerhin werden nur aus dem Rechte der Normandie Belege für die Fortdauer der inquisitio per commanentes angeführt,

[1] Capit. 808. c. 3. Capit. III. 812. c. 3. Capit. II. 819. c. 1. Leg. Longob. Car. M. 67. Lothar. 67. — Capit. I. 802. c. 25. Leg. Longob. Pip. 9.

[2] Biener, Beitr. S. 241. Not. 83.

[3] Stein, franz. R.G. S. 172. 173.

[4] v. Daniels, S. 72.

[5] v. Daniels, S. 52—65.

und der unmittelbare Zusammenhang mit den Bestimmungen der Kapitularien, der dabei behauptet wird, ist willkührlich angenommen. Denn es ist offenbar zufällig, daß jene inquisitio in den Kapitularien gerade bei Fiskalsachen und bei Armensachen erwähnt wird und in dem normannischen Rechte bei eben diesen oder ähnlichen Fällen vorkommt; hier wie dort ist vielmehr der juristische Sinn des Instituts nur der, daß es als Beweismittel eintreten soll, wo es um Verhältnisse sich handelt, die ihrer Natur nach gemeinkundig sind. Es ist also nichts erwiesen, als daß in der Normandie die alte Idee des Nachbarzeugnisses lebendig geblieben ist. Daß sich hier mit der Erhebung dieses Zeugnisses gleichfalls ein Hervortreten des inquisitorischen Prinzips verbindet, [1] ist gleichfalls kein Beweis für den unmittelbaren Zusammenhang mit den Bestimmungen der Kapitularien, da das gleiche Hervortreten des Untersuchungsprinzips auch im übrigen Frankreich sich findet, [2] aber weder im Zusammenhang mit dem Rechte der Kapitularien, noch in Verbindung mit dem Institut des Nachbarzeugnisses. [3] Denn die französische enquête erscheint als Abhör von Zeugen, welche die Partheien produzirt haben, und die visio terrae fand hier ohne requenoissant statt. [4] Gerade das französische Recht stimmt mit dem deutschen darin überein, daß jene karolingischen Anfänge zur Entwicklung des Geschworenengerichts sich darin wieder verloren haben, und das Beweisrecht nach überstandener Barbarei der Feudalperiode einen andern, durch den Einfluß des römischen Rechts bestimmten Gang genommen hat.

Ganz ebenso, wie mit dem Nachbarzeugniß in bürgerlichen Rechtssachen, verhielt es sich auch mit dem Rügeverfahren und der Berufung auf die patria in Kriminalsachen. Vom ersteren sagt v. Daniels [5] selbst, daß sich die durch das Kapitulare Karls d. Kahlen von 853 eingeführte allgemeine Rügepflicht als eine durch die Zeitverhältnisse gebotene außerordentliche Maßregel darstelle, die schwerlich Bestand gehabt habe, und daß das Rügeverfahren in der Willkühr des neuen Inquisitionsprozesses untergegangen sei. Auch von der loial enquête giebt er zu, daß sie unter dem Einfluß eben dieses willkührlichen Verfahrens

[1] Vgl. Etabl. de Norm. (Marnier) p. 8.
[2] Stein, S. 574 f.
[3] Ebend. S. 231. 232.
[4] Ebend. S. 548. 549.
[5] S. 76. 77. 81.

jedenfalls sehr bald in Vergessenheit gekommen sei. Allein auch in der Zeit, wo sie bestand, ist sie nicht dasselbe gewesen, wie die normännisch-englische Berufung auf das Zeugniß der patria,[1] obwohl eine Aehnlichkeit allerdings stattfindet. Auch die normännisch-englische Berufung auf das Zeugniß der patria ist nämlich keine bloße Wohlthat für den Beklagten, sondern zugleich ein Mittel zu strenger Durchführung des inquisitorischen Prinzips; denn man zwang den Beklagten durch Kerker und Hunger, sich der inquisitio patriae zu unterwerfen, welche denn auch eine wahre inquisitio war. Nur wurde die inquisitio bloß auf Zeugenverhöre beschränkt, und der Beklagte hatte das Recht, verdächtige Zeugen zu verwerfen.[2] Insoweit ist das Verfahren in Frankreich im wesentlichen dasselbe; d. h. auf mala fama hin konnte der Verdächtige eingezogen werden, und, wenn er läugnete, wurde er befragt, ob er sich der enquête unterwerfen wolle oder nicht. Unterwarf er sich, so hatte er gleichfalls den Vortheil, daß die enquête nur mittelst Zeugenabhör geführt werden und daß er Zeugen verwerfen durfte. Allein der große Unterschied war weiterhin der, daß, nach normännisch-englischem Recht der inquisitio patriae kein anderes Verfahren substituirt wurde; zwar wurden längere Zeit hindurch die größten Grausamkeiten angewandt, um den Beklagten zur Unterwerfung unter jene inquisitio zu zwingen; allein, sobald einmal das Volk daran gewöhnt war, wurde eben dieses Verfahren das Palladium der bürgerlichen Freiheit. In Frankreich dagegen wurde gegen denjenigen, welcher der enquête sich nicht unterwerfen wollte, sofort das Verfahren durch aprise (enquête d'office) eingeleitet, d. h. ein ganz einseitiges, ohne Betheiligung des Beklagten sich vollziehendes Inquisitionsverfahren, welches alsbald die Tortur in sich aufnahm. Schon dieser Hintergrund erlaubte es nicht, die loial enquête geradezu mit dem normännischen Verfahren zusammenzustellen. Denn sie erscheint deshalb mehr nur als ein Köder, womit man zur Annahme des strengen Inquisitionsverfahrens locken wollte, welchem das hergebrachte Anklageverfahren mit dem Zweikampf als einzigem Beweismittel entgegenstand. Auch bei der Anklage suchte man in den königlichen Gebieten den Zweikampf durch enquête und Zeugenbeweis zu verdrängen.[3] Auf die Einführung des kanonischen Inqui-

[1] Biener, Beitr. S. 196.
[2] Somma consuetud. leg. Norm. lib. II. c. 2. §. 13–18.
[3] Etabl. de St. Louis. II. 11.

sitionsprozesses, des römischen Zeugenbeweises, der Tortur ꝛc. war es abgesehen.[1] Dazu bildete die loial enquête nur den Uebergang. Daher die Bestimmung, daß die enquête d'office zunächst nur zur Verbannung, nicht zur Todesstrafe führen solle. Letztere kann nur eintreten, wenn der Verdächtige sich selbst der enquête unterworfen hat, oder wenn ein Ankläger auftritt, oder Handhaftigkeit sich herausstellt, oder Geständniß erfolgt. So in den Etabl. de St. Louis.[2] Bei Beaumanoir[3] kann Todesstrafe schon in beiden Fällen eintreten; aber, wenn der Beklagte sich selbst der enquête unterwirft, so hat er den Vortheil, daß nur mittelst Zeugen inquirirt werden darf, gegen die er das Verwerfungsrecht ausüben kann. Man sieht, daß man nicht sogleich wagte, den strengen Inquisitionsprozeß geradezu einzuführen; daher die Konzession,[4] daß er nur statthaben solle, wenn sich der Verdächtige selbst dazu verstehe, wogegen im anderen Falle in der Regel höchstens Verbannung eintreten dürfe (wie auch die Päbste Anfangs die Inquisition nur zu einer außerordentlichen Strafe führen ließen). Letzteres ist zu Beaumanoir's Zeit schon aufgehoben; man scheut sich nicht mehr, auch auf aprise zum Tod zu verurtheilen, wenn auch jene drei Bedingungen nicht vorhanden sind. Das Privilegium der loial enquête besteht zwar noch, aber offenbar nur noch da, wo man nicht wagte, strenger zu sein. In keinem Falle hat es sich lange zu erhalten gewußt. Allein auch in der Zeit seines Bestehens kann es keineswegs unter den Begriff des Geschworenengerichts gestellt werden,[5] da die Richter selbst hier auf Zeugenaussagen und Indizien entschieden, und dies Urtheil nicht als ein Wahrspruch gelten kann, wenn gleich allerdings die Richter ohne Beweisregel urtheilten und der Beklagte das Rekusationsrecht hatte. Denn solche einzelnen Stücke des Geschworenengerichts sind noch lange nicht dieses selbst.

In keinem Fall kann das französische Recht als Mittelglied zwischen dem karolingisch-fränkischen Recht und dem Verlauf der ächt-

[1] Stein, S. 574 f. Vgl. S. 528—532.

[2] Etabl. de St. Louis. II. 16. Die Stelle ist bei Daniels S. 73. 74. mißverstanden. Vgl. Biener, Beitr. S. 195.

[3] Beaumanoir. chap. XL. 14. 13. Vgl. art. 20.

[4] S. die Privilegien v. 1315. Ordonnances. I. p. 558. art. 1. p. 575. art. 13.

[5] So Stein, S. 581.

germanischen Entwicklung des Beweisrechts in der Normandie und in England bezeichnet werden. Den Anlauf, den v. Daniels nimmt,[1] auch im deutschen Rechte eine bedeutsame Fortdauer der karolingischen Einrichtungen nachzuweisen, läßt er selbst wieder fallen. In der That muß denn auch dieser ganze Versuch, die selbständige Entwicklung des Geschworenengerichts aus der karolingisch-fränkischen Gesetzgebung darzulegen, als ein gänzlich verfehlter bezeichnet werden.

Vielmehr sind die Keime einer nationalen Weiterbildung des Strafverfahrens, wie sie in jener Gesetzgebung allerdings lagen, auf deutschem, wie auf französischem Boden wieder untergegangen. Was sich aber in der Normandie und in England erhalten und gedeihlich weiter entwickelt hat, ist nicht als eine spezifische Frucht des fränkischen Rechts, sondern als ein Ausfluß des allgemeinen germanischen Rechtsgeistes zu bezeichnen, der eben hier einen günstigeren Boden fand, worin seine Früchte ungestört reifen konnten. Mit vollem Rechte sucht Maurer[2] den Grund, warum dieselbe Entwicklung in Deutschland nicht erfolgte, darin, daß hier die Grund- und die Schutzherrschaft zur Regel geworden ist und „nach und nach zu jenem Systeme der Bevormundung geführt hat, nach welchem heut zu Tage Niemand mehr, weder die Gemeinde noch der Private, ganz Herr seines Vermögens ist.“ Für Frankreich, wo der tiefere Grund gleichfalls in der allgemeinen politischen Entwicklung durch das extremste Lehenswesen zum absoluten Königthum hin zu suchen ist, kann einfach auf Stein verwiesen werden.

b) Unterschied zwischen Deutschland und Frankreich.

Verfolgt man nun den Entwicklungsgang des deutschen Beweisrechts seit dem Untergang des karolingischen Reichs, so versteht es sich von selbst, daß zunächst das altgermanische Beweisrecht in Geltung blieb, wornach Geständniß und Evidenz jeden Beweis ausschloß, und als Beweismittel Eideshilfe und Ordalien, ausnahmsweise auch Zeugniß im Gebrauch waren. Ohne Zweifel blieb auch dieses alte System in Deutschland länger in Geltung, als in Frankreich.[3] Hier nämlich, wo alsbald mit dem Untergang des karolingischen Königthums das ganze Reich in Lehensfürstenthümer und souveräne Baronieen zerfiel,

[1] a. a. O. S. 89—100.
[2] Ueber die Freipflege. S. 2. 60.
[3] S. meinen Art. in der Zeitschr. f. deutsches Recht. XII. 1.

wurde das herrschende Strafverfahren, — wo nicht statt dessen die Fehde eintrat —, das Anklageverfahren mit dem Zweikampf als fast einzigem Beweismittel.[1] Gerichtszeugniß, Geständniß, Evidenz blieben natürlich in ihrer Geltung.[2] Aber Ordalien und Eideshilfe verschwanden vor dem Duell, das sich als spezifisches Beweismittel des Lehensstaats darstellte. Nur ausnahmsweise erhielten sich daneben Reste des altgermanischen Systems, so namentlich Eideshilfe und Nachbarzeugniß in der Normandie,[3] besonders aber Eideshilfe und Ordalien in den auf altgermanischem Boden stehenden Städten des nördlichen Frankreichs.[4] Was nun in Frankreich nur als Ausnahme stehen blieb, während hier schon vom 9. Jahrhundert an „die Prinzipien des altgermanischen Prozesses auf allen Punkten von dem Prozeß des Lehenswesens und der Kirche durchbrochen wurden," das erhielt sich in Deutschland zuvörderst als Regel, aus dem Grunde, weil hier die Umgestaltung des altgermanischen Lebens durch das Lehnswesen erst später erfolgte, als in Frankreich.

Allerdings begann unter den Karolingern auch in Deutschland jene allmälige Umwälzung der alten Zustände, in deren Folge die Regel der gleichen Vertheilung des Besitzes und des Rechts verloren gieng, der Stand der Gemeinfreien fortwährend sich verminderte und sein Grundbesitz unfrei wurde, daher ein neues Ständesystem und Gemeinderecht sich bildete, und für den großen Grundbesitz, von welchem der kleinere abhängig wurde, die folgenschwere Regel sich entwickelte, daß wesentlich staatliche Rechte an ihn geknüpft und durch ihn Privateigenthum werden können.

Allein wie die Ursachen dieser Umwälzung hier später wirksam wurden, so trat auch die Wirkung selbst erst später hervor. Noch haftete während der ganzen karolingischen Periode das Grafenamt hier nicht auf Grund und Boden, noch gab es eine große Masse unverschleuderten Kronguts, noch bezeugen Urkunden vom Ende der Periode, ja spätere, die Theilnahme des ganzen Volks an den Gerichten, die Immunitätsrechte waren noch seltener und von minderem Gehalt, noch erhielten sich manche freie Leute und freie Gemeinden in

[1] Stein, S. 217—233. v. Daniels, S. 53. 54.

[2] Somma consuet. leg. Norm. II. 50—61. I. 56. Beaumanoir. Ch. XXXIX. 43.

[3] Somma. II. 42. §. 6. II. 2. §. 13—18.

[4] Beispiele bei Stein, S. 291—298.

ihrem Rechte unangetastet und es gab solche, welche in der Annahme eines Lehens eine Erniedrigung sahen. Der Zeitpunkt des Untergangs der karolingischen Herrschaft fand daher in Deutschland das Feudalwesen noch nicht zur vollen Reife entwickelt vor. Vielmehr erfolgte diese Entwicklung erst in langsamem Kampfe mit dem Kaiserthum, dessen Dasein allein schon die letzte Konsequenz derselben, die Verbindung der Souveränetät mit dem Grundbesitze rechtlich unmöglich machte. Noch in der Mitte des 13. Jahrhunderts war die neue Ständegliederung nicht völlig ausgebildet, es trennte sich insbesondere erst jetzt der Ritterstand entschieden von dem alten Freienstande und bildete sich zum niederen Adel heran, und noch gab es freie Leute, die als kleinere Grundbesitzer auf ihrem Eigen saßen und vor den Landgerichten zu Gericht standen. Erst jetzt modelte sich auch die Gerichtsverfassung allmälig nach dem neuen Ständesystem.

Daß aber diese Zersetzung der alten Form der Gesellschaft in Deutschland später und langsamer sich entwickelte, dafür liegt die Erklärung vornämlich darin, daß einestheils hier das alte Gemeindewesen mit seinen Besitzverhältnissen sich länger und in größerem Umfang erhielt, anderntheils das Streben der großen Grundbesitzer nach voller Souveränetät an der Existenz des Königthums einen Damm fand, da dieses sich selbst zur Spitze des Feudalorganismus zu machen und dadurch den Sieg der Mittelgewalten um Jahrhunderte zu vertagen wußte. Während Frankreich sogleich mit dem Untergange der Karolinger in eine Menge unabhängiger Lehensherrschaften zerfiel, gegen welche sofort ein neues Königthum, aus dem Lehenswesen herauswachsend, die Idee des organischen Staats zu vertreten und von der Mitte des 13. Jahrhunderts an siegreich durchzuführen anfieng, so blieb Deutschland zunächst Ein Reich, aber mit dem Prinzip des Lehenswesens, das diesen Staat zu durchdringen und allmälig ganz zu erfüllen begann, drang auch der Keim der Auflösung hinein und eben um die Mitte des 13. Jahrhunderts entschied es sich auch hier, daß die Landeshoheit den Sieg davon tragen, d. h. das Reich in eine Menge wenigstens faktisch souveräner Grundherrschaften auseinderfallen würde.[1]

[1] Das Nähere s. in meiner angef. Abh. in der Zeitschrift für deutsches Recht. XII. 1.

c) Die Entwicklung des Beweisrechts im Lehensstaat.

Die Folge dieser allgemeinen Entwicklung mußte aber nothwendig die sein, daß auch in den Gerichten das alte Volksrecht sich länger forterhielt und erst später dem Rechte des Lehenswesens wich. Am deutlichsten zeigt sich dies darin, daß die Periode des Fehderechts in Deutschland viel später eintrat, als in Frankreich. Zunächst setzte sich unter den Kaisern die Form der Rechtspflege fort, wie sie unter den Karolingern bestanden hatte, und, wie überhaupt die alte Form der Gesellschaft nur nach und nach in die Ständegliederung des Lehenswesens sich verwandelte, so konnte auch das Prozeßrecht nur allmälig nach dieser neuen Organisation der Gesellschaft sich modifiziren.

Wenn gleich aber auch das Beweisrecht der Rechtsbücher im Prinzip noch das alte ist, so ist es doch in der Ausführung nicht mehr ganz dasselbe. Es kann dies in demselben Maße nicht mehr sein, in welchem seit dem Fall der Karolinger der ganze Zustand der Gesellschaft sich verändert hat. Da aber diese Umwälzung in den Rechtsbüchern gleichwohl noch nicht vollendet erscheint, so kann es nicht fehlen, daß auch im Rechte jener Zeit sich noch ein Uebergangszustand zeigt.

Das alte Beweisrecht hängt unverkennbar mit der alten Gemeindeverfassung zusammen, die sich im karolingischen Staate im Wesentlichen forterhalten hatte, obwohl der Gemeindefrieden in den Königsfrieden übergegangen und an die Stelle des obersten Gemeindebeamten der Graf als königlicher Beamter getreten war. Das Gericht war ein freies Volksgericht, und das freie Volksgericht die Regel geblieben. Denn, daß die geistlichen und weltlichen Großen, [1] namentlich die Beamten und königlichen Lehensleute sich seinem Verband entzogen und ihr Recht bei den königlichen Gerichten suchten, war ebenso nur Ausnahme, wie es das unfreie, auf Hofrecht gebaute, Gericht war. [2] Allerdings begann schon unter den Karolingern die Regel sich umzukehren. Der Stand der gemeinen Freien verlor sich schon jetzt zusehends theils unter Vasallen und Ministerialen, theils unter Schutz- und Vogteipflichtigen, die später der freien Gemeinde verloren giengen. Die Erweiterung der Immunitätsrechte war das Mittel, um den herabsinkenden Freienstand allmälig mit der unfreien Gemeinde zu verschmelzen

[1] Capit. III. 812. c. 2. Eichhorn, R.G. §. 164 a. Ende.
[2] Eichhorn, R.G. I. §. 173. 196.

und die Grundlage des alten Volksgerichts, die Grundverfassung, zu zerbröckeln. Allein die Auflösung derselben erfolgte doch erst im 11. Jahrhundert, [1] und es dauerte lange Zeit, bis die neue politische und gesellschaftliche Verfassung sich selbständig ordnete und befestigte. Letztere war von ersterer abhängig [2] und daher die Langsamkeit ihrer Entwicklung durch dieselbe Ursache bedingt, welche den Fortschritt dieser aufhielt, — durch den Widerstand, welchen das Kaiserthum als Vertreter der nationalen Einheit der Zersplitterung des Reichs in eine Menge souveräner Grundherrschaften, freilich mit stets abnehmender Kraft, entgegensetzte. Wie nämlich die Landeshoheit selbst noch im 13. Jahrhundert ein noch nicht zu voller Klarheit entwickeltes Verhältniß war, so war auch die durch das Lehenswesen bedingte Verwirrung und Zersetzung der alten Organisation der Gesellschaft noch nicht völlig abgeklärt. Denn die Stufenfolge verschiedener Berechtigung und Rechtsfähigkeit, wornach das neue System der Gesellschaft sich gruppirte, ja die Gliederung der ständischen Beschäftigungen selbst, worin sich dasselbe ordnete, war wesentlich durch die Veränderung des politischen Systems bedingt, wie sie sich aus der ungleichen Vertheilung des Besitzes und der Verbindung desselben mit staatlichen Rechten unter allmäliger Auflösung des Amtsbegriffs ergab. So lange daher diese Veränderung nicht prinzipiell fixirt war, konnte es auch die neue Gliederung und Abstufung in Geburtsstände nicht werden, mußten vielmehr immer noch Uebergänge aus der einen Klasse in die andere und mehr oder weniger unbestimmte und widerspruchsvolle Verhältnisse vorkommen. [3] Eben so lange muß daher auch im Prozeßrecht sich noch ein Uebergangszustand zeigen, da dieses durchaus von der politischen und gesellschaftlichen Verfassung abhängig ist.

Hieng nun das alte Beweisrecht mit dem freien Volksgericht zusammen, so war seine Fortdauer durch die Fortdauer des letzteren bedingt. In dem Maße daher, in welchem dieses im 13. Jahrhundert modifizirt und beschränkt erscheint, muß sich dasselbe auch bei dem Beweisrecht zeigen. In den Rechtsbüchern ist nun entschieden die Idee des freien Volksgerichts noch erhalten; aber ebenso gewiß hat sich ihre alte Grundlage verloren. Denn bereits ist überall auf Kosten der freien

[1] Eichhorn, II. §. 222. 234 a. b.
[2] Eb. II. §. 209.
[3] Eichhorn, II. §. 337—350.

Gemeinde die unfreie gewachsen und aus der Ausnahme zur Regel geworden. Die alten Freien, die sich zu erhalten gewußt haben, sind fast alle in den Herrn- und Ritterstand aufgestiegen, und es giebt deren nur noch wenige, die sich ohne dies das alte Recht zu bewahren gewußt haben.

So gäbe es nun zwischen den privilegirten Ständen und den unfreien Vogteileuten und Hintersaßen kein Drittes, wenn sich nicht eben in jener Zeit aus dem Lehensstaat in allmäliger Emanzipation die städtische Freiheit loszuringen und einer neuen freien Gemeinde den Boden zu bereiten gewußt hätte. Die Rechtsbücher zeigen aber gerade einen Zustand, in welchem weder der Ritter-, noch der Bürgerstand noch zu voller Entwicklung gelangt sind. [1] Namentlich der Sachsenspiegel, indem er noch eine nicht vom Ritterstand absorbirte Freienklasse im alten Sinne annimmt, beschreibt eine Verfassung, die sich schon zu seiner Zeit ihrem Verfall zuneigte. [2] Entschieden war allerdings der Gegensatz des Fürsten- und Herrenstandes gegen die Schöffenbarfreien, indem die Personen, die zu jenem gehörten, zu keinem gemeinen Landgerichte mehr folgten, sondern nur vor den kaiserlichen Hof- und Pfalzgerichten und in Sachen, die ihr (Reichs-) Lehen, Erbe oder Leben, Leib und Ehre angiengen, nur noch vor dem Kaiser selbst zu Recht standen. Allein selbst dieser höchste Stand war noch nicht geschlossen. Noch sichtbarer wird der Uebergangszustand bei den übrigen Klassen der Gesellschaft, besonders wenn man den Sachsenspiegel mit dem Schwabenspiegel, und beide Rechtsbücher wieder mit andern gleichzeitigen Urkunden zusammenhält. [3] Man sieht namentlich, wie bei den unfreien Dienstleuten die Spuren ihrer Unfreiheit allmälig verschwinden und wie sich diese Klasse, mit den Freien im Dienste zusammengestellt, über den Freien erhebt, der die Ehre des Hof- und Lehendienstes nicht gesucht hat, ohne daß gleichwohl die Sache schon entschieden wäre. [4] Auch der Ritterstand erscheint noch weniger, als der Herrenstand, als ein geschlossener. Am größten aber war schon damals und wurde noch später die Unsicherheit der Grenze zwischen dem freien und unfreien Bauernstand, da das Verhältniß des ersteren immer mehr verschlechtert

[1] Zöpfl, R.G. II. 2. §. 17 a. E. Vgl. Eichhorn, R.G. §. 342. Not. a. b.
[2] Eichhorn, R.G. II. §. 337.
[3] Z. B. Friderici II. Const. de juribus princ. secular. a. 1232.
[4] Eichhorn, a. a. O. Not. 9.

das des letzteren verbessert, beide aber dadurch immer mehr einander nähergerückt und verschmolzen wurden. [1]

So wenig nun diese Umgestaltung der Gesellschaft in den Rechtsbüchern als vollendet erscheint, so gewiß ist doch, daß die Idee des alten Volksgerichts jetzt in einer sehr veränderten Gestalt sich darstellen mußte. Unter den Karolingern war die freie Gemeinde noch die Regel und alle Freien sich ebenbürtig gewesen, [2] während nunmehr nur die Mitglieder der verschiedenen Stände je unter sich ebenbürtig waren. Gerade mit der Ebenbürtigkeit aber hieng das Beweisrecht sehr eng zusammen. [3] Nicht nur nämlich sollte der Niedergeborene über den Höhergeborenen nicht Urtheil finden, sondern er sollte auch nicht gegen ihn zeugen dürfen, und der letztere durfte dem ersteren den Zweikampf verweigern. Was vom Zeugnisse galt, das galt auch von der Eideshilfe. Unter den Karolingern nun waren hinsichtlich des Zeugnisses, der Eideshilfe und des Zweikampfs nicht nur alle Freien unter sich (bei Zeugniß über Grundbesitz natürlich nur die Begüterten), [4] sondern auch die Freien den Edlen ebenbürtig gewesen; [5] und, wenn bei den Edlen schon in jener Zeit ein judicium parium zu entwickeln sich anfieng, so lag darin allerdings das Prinzip der folgenden Periode bereits vorgebildet, besonders wo es sich von Dienstverfehlungen gegen den König handelte; [6] allein dieses Pärschaftsprinzip erscheint doch noch nicht bis zu einer völligen Scheidung der Geburtsstände entwickelt. [7] Gleichwohl jedoch zeigt schon die karolingische Periode, daß dieses Prinzip das lebenskräftige, und dagegen der alte Freienstand in fortwährender Auflösung begriffen war, eine Erscheinung, die sich mit der immer mächtigeren Entwicklung des Lehenswesens als des Grundtypus für alle staatliche und gesellschaftliche Organisation als nothwendige Folge verband. [8]

Wenn nämlich das Wesen des Feudalprinzips in der Verknüpfung der staatlichen Gewalt mit dem Grundbesitz und der dadurch bedingten

[1] Eichhorn, II. §. 223 a. E.

[2] Capit. 829. c. 6. Göhrum, Ebenbürtigkeit. I. S. 136—138.

[3] Greg. Tur. VII. 14. L. Bajuv. T. 2. c. 1. §. 1. 2. Capit. lib. 5. c. 397. Capit. III. 806. c. 2. L. Fris. T. 3. c. 3.

[4] Capit. 829. c. 6.

[5] Göhrum, Ebenbürtigkeit. I. §. 14. 15.

[6] Capit. 856. c. 10. Prud. Trec. Annal. a. 851. (Pertz. I. 446.)

[7] Göhrum, I. §. 12. n. 13. In §. 16. geht er doch zu weit. S. auch Marc. form. I. 13.

[8] Stein, S. 44. 56 u. sonst.

Möglichkeit, ein ritterliches Dienstgefolge zu haben, zu suchen ist, so brachte es seine Entwicklung nothwendig mit sich, daß die alte republikanische Koordinirtheit der Freien sich in eine Hierarchie umgestalten mußte, deren Abstufung sich eben nach dem Maße der an dem Grundbesitz haftenden Rechte und nach der dadurch bedingten Lebensweise bestimmte. Die einzelnen Stufen mußten sich aber allmälig zu besonderen Geburtsständen abschließen; ja es war die Kraft des Prinzips groß genug, um selbst Personen, die nach altem Begriffe unfrei waren, in den Stand der Edlen emporheben und umgekehrt solche, die nach alter Ansicht für frei gelten mußten, zu den Unfreien hinabdrücken zu können. Mit der Abschließung dieser neuen Geburtsstände durchdrang nun aber jenes Pärschaftsprinzip, das früher nur bei den Optimaten hervorzutreten angefangen hatte, allmälig den gesammten Körper der Gesellschaft und isolirte die Stände und ihr Recht. Der bezeichnende Ausdruck dafür ist, daß es jetzt Ueber- und Untergenossen in mannigfacher Abstufung gab, während ursprünglich nur Freie und Unfreie sich entgegengestanden hatten. Sieht man nun zuvörderst von der Entwicklung des eben nur im Gegensatze gegen den Lehensstaat auftretenden Städtewesens ab, so ergiebt sich hiebei noch ein Doppeltes. Einmal gieng, je weiter jene Bewegung des Feudalismus fortschritt, immer mehr den gemeinen Freien, die unter der Heerschildsordnung blieben, der rechtliche Inhalt des alten Freiheitsbegriffs verloren und blieb nur an den höheren Ständen haften. Sodann aber verlor der Gemeindeverband eben damit seinen Zusammenhang mit dem alten Freiheitsbegriff. Während nämlich dieser ehemals gerade in der Theilnahme am Gemeindeleben, und so denn namentlich auch am Volksgerichte, seinen höchsten Ausdruck gehabt hatte, so waren jetzt die höheren Stände dem Gemeindeverband immer mehr zu entwachsen auf dem Wege, und derselbe umschloß nur noch die unterste Schicht der Gesellschaft, in welcher Freiheit und Unfreiheit mehr und mehr zusammenschmolz. Was den alten Freien der Gemeindeverband gewesen war, das wurde den Freien des Mittelalters der Pärschaftsverband. Das freie Volksgericht mußte sich daher im Mittelalter in der Form des Pärsgerichts darstellen, und zwar mehr und mehr nur noch in der Form des adelichen Pärsgerichts. Zeigt sich nun aber der Uebergang hiezu in den Rechtsbüchern noch als ein flüssiger, so folgt, daß auch ihr Prozeßrecht eine Mischung von Elementen des alten Volksrechts und feudalistischer Grundsätze sein muß.

Daß jedoch von den Elementen des karolingischen Prozeßrechts jedenfalls das Institut der ernannten ständigen Zeugen und das Rügeverfahren untergegangen seien, wurde schon oben angeführt. Der Grund davon liegt, wie gleichfalls schon bemerkt wurde, darin, daß beide Institute Ausflüsse des Untersuchungsprinzips sind, welches mit dem Zerfall des karolingischen Beamtenstaats seinen Boden verlor, um ihn erst nach Jahrhunderten im obrigkeitlichen Gerichte des Lehensstaats und im städtischen Gerichte wiederzugewinnen. Eben deshalb wurde auch oben gesagt, daß die Ausbildung des Beweisrechts in Deutschland einen Rückfall erlitten habe. Denn, indem das Anklageverfahren wieder zur Regel wurde, mußte der Strafprozeß und sein Beweisrecht wieder mit dem bürgerlichen Prozeß identisch werden, und die angebahnte Entwicklung einer Rüge- und Urtheilsjury war abgeschnitten. Da nun über die Geschichte des Untersuchungsprinzips schon oben gesprochen ist, so bleibt hier nur die weitere Entwicklung des Beweissystems zu erörtern.

Wie das Institut der ernannten ständigen Zeugen als Vehikel für die Geltendmachung des Untersuchungsprinzips erscheint, so hat es — und zwar in Verbindung hiemit — für das Beweissystem insbesondere die Bedeutung, dem Streben nach Erlangung einer objektiven Wahrheitsgarantie zum Mittel zu dienen. Sein Untergang zeigt daher auch einen Rückschritt in der Entwicklung des Beweisrechts selbst an, welches denn auch in der That in den Rechtsbüchern noch dieselben Bestandtheile zeigt, die es in den Volksrechten gehabt hatte.[1] Gleichwohl mußte das Streben, welches zur Einsetzung jenes Instituts geführt hatte, auch nach dessen Untergang auf's Neue wirksam werden, da die Uebelstände, denen es begegnen sollte, eher zu —, als abnahmen. Da nun aber unter den veränderten politischen Verhältnissen, inmitten der allseitigen Zersetzung und Umgestaltung der Staatsgewalt, wie sie in den folgenden Jahrhunderten vor sich gieng, die Befriedigung jenes Strebens auf dem früher eingeschlagenen Wege, d. h. in Verbindung mit Geltendmachung des Untersuchungsprinzips nicht mehr möglich war, so mußte ein anderer Weg gewählt werden, und eben die Art und Weise, wie dies geschah, bildet ein weiteres Moment, wodurch sich das Beweisrecht der Rechtsbücher von dem der Volksrechte unterschied.

Faßt man nun die wesentlichen Bestimmungen des alten Prozeßrechts

[1] Jolly, Beweisverfahren nach dem Sachs.Sp. und die o. a. Abh. von Albrecht und Planck.

zusammen, so ergiebt sich Folgendes. Wie im Strafrechte jener Zeit die Begriffe von Friedensbruch und Privatrechtsverletzung, von öffentlicher und Privatgenugthuung noch keineswegs gehörig auseinandergesetzt sind, sofern zwar alle Verbrechen als Verletzungen des gemeinen Friedens, gleichwohl aber die Mehrzahl derselben zugleich auch als Privatrechtsverletzungen und daher nur mittelbar als Friedensbrüche gelten, so ist auch das Strafverfahren noch eine Mischung von Betheiligung des Individuums um des Gemeinwesens, vermöge deren es eine Reihe von Bestimmungen mit dem bürgerlichen Prozesse gemein hat, ohne doch gleichwohl, wie man gewöhnlich meint, ganz mit demselben zusammenzufallen. So wenig daher die Eröffnung des Verfahrens allein auf die Anklage beschränkt ist, da daneben stets ein, freilich noch wenig kräftiges Streben nach Verfolgung des Verbrechens im öffentlichen Interesse hergeht, ebensowenig ist das Beweissystem, wie man gewöhnlich angiebt, ein rein formalistisches. Zwar sucht das Gericht nicht von Amtswegen den Thatbestand aufzuklären, es weist nur das Recht über die von Seiten der Parthieen vorgelegte Thatsache, und die Beweismittel sind solcher Art, daß das Resultat der Beweisführung jede weitere Erwägung des Gerichts über die materielle Wahrheit der vorgelegten Thatsache abschneidet. Allein dennoch kann man auch nicht sagen, daß das Gericht an der Ermittlung der Thatsache, worüber es Recht weisen sollte, sich gar nicht betheiligt habe; — denn in allen Fällen unmittelbarer Evidenz fiel jede Beweisführung von Seiten der Parthieen weg, und das Gericht legte sich selbst Zeugniß ab; wie dehnbar und weitgreifend aber diese Idee des Gerichts- oder Gemeindezeugnisses war, ist theils schon vorgekommen, theils noch weiterhin zu zeigen. Ebensowenig kann man sagen, daß nur die Verhandlungsmaxime und der Grundsatz der formellen Wahrheit geherrscht habe; — denn, wenn gleich das Gericht für wahr annahm, was behauptet ward, so sprach es doch im Beweisurtheil der einen oder anderen Parthie den Vorzug des Beweisrechts zu, und eben dieses Beweisurtheil, so formell es den weiteren Verlauf macht, setzt doch für sich selbst gerade eine über den Behauptungen der Parthieen stehende Erwägung des Gerichts, eine Abwägung der angebotenen Beweismittel und je nach Umständen also auch eine Beurtheilung ihrer objektiven Wahrheitsgarantieen voraus. Was endlich die Beweismittel betrifft, so tragen sie allerdings einen formalistischen Charakter, aber nicht im

Sinne der Indifferenz gegen die objektive Wahrheit; sondern vermöge ihrer subjektiven Natur schließen sie gerade die Voraussetzung in sich, daß in und mit der subjektiven Bewährung zugleich die objektive Wahrheit gefunden sei.

Diese Grundanschauung ist nun auch in den Rechtsbüchern dieselbe geblieben, wie sie denn auch noch das alte Schema der Beweismittel haben. Allein die Stellung und Werthschätzung der letzteren ist theilweise eine andere geworden.

Indessen ist hiebei stets im Auge zu behalten, daß die Bestimmungen der Rechtsbücher sich bloß auf die Landgerichte, d. h. die Fortsetzungen des alten freien Volksgerichts, nicht aber auch auf die herrschaftlichen Gerichte beziehen, bei denen das Verfahren unter einem sehr verschiedenen Prinzipe stand. Die Rechtsbücher setzen noch einen gesellschaftlichen Zustand voraus, in welchem das Landgericht das regelmäßige Gericht in Strafsachen war, auch für Unfreie, die darin von ihren Herren vertreten werden mußten. Andererseits ist zwar das Ausscheiden des Fürsten- und Herrenstandes vom gemeinen Landgerichte für die Rechtsbücher eine schon ganz entschiedene Thatsache; dagegen ist ihnen der Ritterstand dort noch gemeinschaftlich mit den gemeinen Freien dingpflichtig. [1] Obgleich nun schon in den Rechtsbüchern selbst die infolge des Lehenswesens eintretende Bewegung zur Scheidung der Stände wohl erkennbar ist, so ist sie doch noch nicht vollzogen, namentlich noch nicht im Gerichtswesen, obwohl sie auch hier schon in vielen Anwendungen durchbricht. Die Rechtsbücher zeigen daher hier einen Zwitterzustand. Sie beschreiben als den gesammten Gesellschaftskörper umfassend noch eine Ordnung der Dinge, deren Prinzip bereits durch ein anderes verdrängt war, und die sich sofort vom 13. Jahrhundert an unter dem Einflusse eben dieses neuen Prinzips vollkommen zersetzte. [2] Denn nun nahte die Zeit, wo Fürsten und Herrn sich als souveräne Mächte gerirten und ihre Streitigkeiten durch Krieg ausmachten, wo für alle, die der Gefahr der Unterwerfung unter die Landeshoheit entgehen wollten, das Fehderecht an die Stelle des geregelten Prozesses trat, [3] wo ferner inner-

[1] Glosse z. sächs. L.R. III. 61. vgl. mit Sächs. L.R. III. 80. §. 1. Landbuch der Mark Brandenburg bei Eichhorn, R.G. Anm. z. §. 302. Urk. v. 1262. 1299. 1314. bei Bodmann, Rheing. Alterth. S. 612. 615.

[2] S. die Belege bei Göhrum, Ebenbürtigkeit. I. §. 30.

[3] S. meinen Art. in der Zeitschr. f. deutsches Recht. XII.



halb der sich abschließenden Territorien die Ritterschaft sich eigene Gerichte errang, [1] dagegen die zurückgebliebenen freien Landsaßen sich immermehr die Verschmelzung mit den Unfreien gefallen lassen mußten, [2] und nur in den Städten der alte Geist der gemeinen Freiheit sich eine neue Stätte gründete. [3] Für diesen Zustand der Zersetzung der alten Gesellschaft und ihres Rechts enthalten die Rechtsbücher nur die Keime und Anfänge, indem sie ihn zugleich an das alte Recht anknüpfen und seine Entstehung deutlich machen.

Vor Allem erscheint nun auch in den Rechtsbüchern der Fundamentalsatz des alten Volksrechts, daß der Beweis ein Recht, und zwar das Recht des Angegriffenen, mithin in Strafsachen des Angeklagten ist, [4] daß aber ein Verzicht auf dieses Recht oder das Mißlingen seiner Ausübung sachfällig macht. [5] Auch jetzt nämlich setzt der Beweis noch ein Beweisurtheil voraus, welches die Endentscheidung bedingt. Und die Beweismittel sind auch jetzt noch regelmäßig nur die subjektiven des alten Rechts, — Eid und Gottesurtheil. Daß eine veränderte Rechtsansicht schon im sächs. Landrechte, noch mehr im schwäbischen, und sofort auch in den norddeutschen Statutarrechten aufzutauchen beginnt, soll damit nicht in Abrede gestellt werden. Aber augenscheinlich beruht das System der Rechtsbücher seinem wesentlichen Gehalte nach noch auf dem alten Rechte. Die Zeugen sind noch nicht Zeugen im römischen Sinn, sondern sie sind Eideshelfer oder doch jedenfalls nur ein Mittleres zwischen beiden, d. h. Mitschwörer, denen man irgend ein Wissen um die Sache zutraute, ohne doch eine durch eigene sinnliche Wahrnehmung erworbene Kunde von ihnen zu fordern. Ja, es zeigt sich sogar ein Rückschritt gegen die karolingische Periode, sofern von den in den Volksrechten und Kapitularien vorkommenden Beschränkungen des Reinigungseids nichts mehr ersichtlich ist, namentlich entweder gar keine Eidhelfer dabei erfordert, oder doch vom Beklagten allein gewählte als ausreichend zugelassen werden. Wenn es nun auch ein Irrthum ist, hierin eine absolute Indifferenz des Gerichts gegen die objektive

[1] Sächs. L.R. I. 59. §. 1. Glosse z. sächs. L.R. II. 12. III. 65. Eichhorn, R.G. §. 348. Zöpfl, Bamb. Recht. S. 97—99.

[2] Göhrum, I. §. 29.

[3] Zöpfl, Bamb. R. S. 63. 64.

[4] Sächs. L.R. I. 18. §. 1. 2.

[5] Sächs. L.R. I. 6. §. 3. Magd. Schöff. Urth. II. 10. dist. un.

Wahrheit zu sehen, so läßt sich doch nicht läugnen, daß die unter den Karolingern in dem Institut der ernannten Eidhelfer und andern Bestimmungen allmälig sichtbar gewordene Tendenz, die ursprünglich bloß vorausgesetzte Garantie der objektiven Wahrheit auch zu formeller Anerkennung zu bringen, jetzt wieder zurückgetreten erscheint, daß faktisch das Gericht jetzt allerdings wieder „mit der Behauptung des Sachsen, daß etwas wahr sei, sich begnügte oder sich genügen lassen mußte.“[1]

Nicht minder erscheint aber auch in den Rechtsbüchern der andere Fundamentalsatz des alten Volksrechts wieder, daß Gerichtszeugniß und leibliche Beweisung die Beweisführung von Seiten des Beklagten abschneidet;[2] ja, es zeigt sich dieser Vorzug der Evidenz gegenüber dem früheren Recht bedeutend ausgebildet und erweitert, indem der Begriff der Handhaftigkeit ausgedehnt und der eine und andere Fall dem der handhaften That gleichgestellt wird.[3] Diese Bestimmungen enthalten eben so sehr eine Begünstigung des öffentlichen Interesses, als in den zuvor angeführten das Interesse der individuellen Freiheit bevorzugt erscheint. Das Nebeneinanderbestehen beider auseinanderstrebenden Richtungen erklärt sich aber eben daraus, daß die Rechtsbücher den Zustand einer Gesellschaft schildern, die schon im Begriff ist sich in verschiedene besondere Rechtskreise zu spalten. Nicht als ob das Recht des Reinigungseids ausschließlich an die höheren Stände gekommen wäre, der Begriff der Handhaftmachung der That sich allein bei den niederen fortentwickelt hätte; — unstreitig aber ist je das eine und das andere in den Gerichten der höheren und der niederen Stände das Vorwiegende geworden, und zwar natürlicher Weise, da jene dem Gemeindeverband ganz und gar entwuchsen, eben aber auf diesem die Ausbildung des Beweisverfahrens im öffentlichen Interesse beruhte. Gehörte es nun zur nationalen Entwicklung des germanischen Beweisrechts, daß der Gedanke der Handhaftmachung der That mit dem Institut der Eideshilfe in Eins zusammengieng,[4] so sieht man, wie gerade die gedachte ständische Zersplitterung des alten Volksrechts auf deutschem Boden die Ausbildung des Geschworenengerichts unmöglich machte.

[1] Planck in der Zeitschr. f. deutsch. Recht. X. S. 302.

[2] Sächs. L.R. I. 8. II. 35. 36.

[3] Sächs. L.R. I. 70. §. 3. II. 35. §. 1.

[4] Gundermann, S. 36. 37.

d) Das Recht der höheren Stände.

Als feudalistischer Bestandtheil im Beweisrechte der Rechtsbücher ist indessen nicht nur die Reinigung durch Eid und Ordalien, sondern insbesondere auch das Kampfrecht anzusprechen, obgleich sowohl Reinigungseid, als Kampfrecht darin nur als gemeines Recht aller Freien erscheint und dies in der That auch noch ist. Nur ist eben, wie andere Freiheitsrechte, so auch dieses, später nur als Privilegium an den höheren Ständen haften geblieben. Freilich nicht ausschließlich. Denn, abgesehen von den Städten, die hier vorerst noch ganz außer dem Gesichtskreise bleiben sollen, läßt sich nicht bezweifeln, daß auch bei den Gerichten der niederen Stände, wo diese getrennt von den höheren gerichtet wurden,[1] das Recht der eidlichen Reinigung und selbst das Kampfrecht nicht ganz untergieng,[2] wie ja auch den Ministerialen, ehe sie noch in den freien Ritterstand aufstiegen, beides gewährt wurde,[3] und in der That auch dem ganzen System des mittelalterlichen Strafverfahrens gemäß in keinem Gerichte ganz verloren gehen konnte. Der Unfreie durfte freilich nicht schwören, sondern mußte statt dessen zum Ordal gehen; aber auch für ihn durfte doch wenigstens sein Herr schwören.[4]

Indessen liegt es in der Natur der Sache, daß gerade in den niederen Gerichten die alten Privilegien der Freiheit, Läugnen und Kämpfen, am frühesten und weitesten beschränkt werden mußten. Namentlich das Recht zum Kampfgericht wurde den Bauern schon frühe abgesprochen.[5] Auch da, wo sie noch mit Ritterbürtigen vor denselben Gerichten standen, waren sie darin durch den Grundsatz der Ebenbürtigkeit beschränkt. Vogteipflichtige waren ohnedies den Vollfreien nicht kampfebenbürtig; bald waren es auch nichtritterbürige Freien nicht mehr gegenüber von ritterbürtigen Freien, ja sogar von rittermäßigen Dienstleuten.[6] Es versteht sich von selbst, daß eben dadurch die niedere Volks-

[1] Eichhorn, R.G. §. 302 vor Not. n. Zöpfl, Bamb. R. S. 97. 98. und 84.

[2] Bamb. Stadtr. §. 152. 157. 161. Sächs. L.R. III. 65. §. 1. Vgl. Eichhorn, a. a. O. Not. 1.

[3] Burch. Ep. Worm. leg. et Stat. fam. S. Petri. c. 18. 30. (Walter, III. p. 777. 779.)

[4] Frider. I. Constit. a. 1158. §. 10. Sächs. L.R. II. 19. §. 2. II. 32. §. 9.

[5] Eichhorn, R.G. §. 347 a. E.

[6] S. die Belege bei Göhrum, I. §. 38.

klasse vom Kampfrechte immer mehr ausgeschlossen werden mußte, wie sie auch schon durch die Beschränkung auf minder edle Waffen eine Zurücksetzung erlitt, die ihr die Ausübung des Rechtes verleiden mußte.[1] Denn, wiewohl der Satz galt, daß ein Untergenosse wenigstens von seinem Uebergenossen allerdings kämpflich angesprochen werden dürfe, so kam es doch mit der Erweiterung der Kluft zwischen den Ständen nothwendig von selbst dahin, daß dies immer seltener geschah. Ueberhaupt aber brachte es die gerade an dieser Volksklasse am meisten sich bethätigende Energie der aufsteigenden Landeshoheit nothwendig mit sich, daß der Beweis durch Zweikampf bei ihr nicht mehr geduldet werden konnte. Das Recht der Eidesreinigung dagegen konnte ihr freilich nie ganz entzogen werden, da man dessen nur durch Verbrechen verlustig gehen konnte.[2] Gleichwohl lag in der immer größeren Erweiterung des Verfahrens auf handhafte That, welches gerade am Gemeindeverband seine natürliche Grundlage hatte, an und für sich eine fortgehende faktische Beschränkung in der Ausübung des Läugnungsrechts für die Angehörigen der niederen Klasse, die nicht, wie die Mitglieder der höheren Stände, in der Lage waren, der Justiz Trotz zu bieten. Bei den höheren Ständen aber verhielt es sich gerade umgekehrt.

Nicht daß etwa die Form des Prozesses auf handhafte That bei ihnen ganz unpraktisch geworden wäre, wogegen schon der lebhafte Gebrauch dieser Form bei den westphälischen Vehmgerichten spricht.[3] Allein gerade das Verfahren bei den Vehmgerichten zeigt, daß dieselbe bei ihnen, die es meist mit Verbrechern höheren Standes zu thun hatten, jedenfalls nicht in der gewöhnlichen Weise zu handhaben war. Was nun bei den Vehmgerichten nach ihren eigenthümlichen Verhältnissen für die Regel geradezu unmöglich war, — nämlich jenen Prozeß auf die gewöhnliche Weise mit Gerüfte einzuleiten, — das war auch bei den gewöhnlichen Landesgerichten, wo unter Königsbann gedingt wurde, jedenfalls mit Schwierigkeiten verbunden und wenigstens seltener möglich, wenn es sich um Verbrecher aus höheren Klassen handelte. Denn die Landgerichte waren keine ständigen Gerichte, vor denen alsbald das

[1] Vgl. Stein, franz. R.G. S. 229.

[2] Budde, Rechtlosigkeit. §. 9. Vgl. Kopp, hess. Ger. I. S. 449. 450. Dreyer, Nebenst. S. 37—41.

[3] Wächter, Beitr. zur deutsch. Gesch. S. 221—226. Vgl. auch Sächs. L.R. III. 78. §. 3.

Gerüste erhoben werden konnte[1] (in dieser Beziehung wurde gerade die Energie der ständigen Stadtgerichte so wichtig, welche allein geeignet waren, hier in's Mittel zu treten), und die Verbrecher jener Gattung waren eher in der Lage, sich einer Verfolgung auf frischer That zu entziehen. Es liegt daher in der Natur der Verhältnisse, daß bei ihnen das eigentliche Verfahren auf handhafte That seltener zur Anwendung kommen mußte, und daß statt dessen die Hauptform des Verfahrens gegen sie der Verfestungsprozeß gewesen sein wird, außerdem aber die gewöhnliche Anklage, von der sie sich sofort losschwören, oder gegen die sie sich sofort durch Zweikampf vertheidigen konnten. Hätte dies auch nicht die allmälige Veränderung der Gerichtsverfassung mit sich gebracht, so lag es schon in der allgemeinen gesellschaftlichen Stellung des Ritterstandes, dessen Mitglieder, wenn sie Verbrechen an geringeren Personen begiengen, schwerlich deshalb viel von Anrufung der Gerichte zu besorgen hatten, da ja das Landvolk ohnedies fortwährend unter dem Druck des Faustrechts zu seufzen gewohnt und seinen Peinigern nicht gewachsen war. Mochten sie in Städten dem Gesetz der handhaften That verfallen, — auf dem Lande geschah es gewiß selten. Hier wurde die Gerechtigkeit gegen sie großentheils nur wieder in der Form der Fehde,[2] vielfach wohl auch durch die Vehmgerichte geübt. Die Thätigkeit der Landgerichte in Friedensbruchsachen der Ritterschaft bestand wohl in der Regel nur in Verfestungen, oder in Anordnung von Kampfgerichten, oder in Abnahme von Reinigungseiden.

Namentlich ist das Häufigerwerden des Zweikampfs[3] bei den höheren Ständen nicht zu bezweifeln. Wenn man auch nicht das Abkommen der Eideshelfer beim Reinigungseid davon ableiten[4] will, so beweist doch sichtlich dafür der große Eifer, womit sich die Städte gegen den gerichtlichen Zweikampf Privilegien geben ließen.[5] In der That ist auch das Kampfrecht das spezifische Beweisverfahren des Lehenwesens und kommt überall zur Herrschaft, wo dieses das Prinzip der gesellschaftlichen

[1] S. zwar Sächs. L.R. I. 70. §. 3. II. 71. Vgl. I. 55. §. 2. I. 59. §. 1. Dagegen s. Zöpfl, Bamb. Recht. S. 97. 98. Eichhorn, R.G. Anm. zu §. 302.

[2] Roßhirt, Gesch. u. System. I. S. 101. 117. Kopp, König Rudolf und seine Zeit. Abth. I. S. 239 f. 603 f.

[3] AM. Eichhorn, §. 347. Not. c.

[4] So v. Daniels a. a. O. S. 38—40.

[5] Datt. de pace publ. c. 1. §. 34. Majer, Ordalien. S. 284 f.

Ordnung ist.[1] Nirgends liegt aber ein Grund vor, warum nicht unter den gleichen Umständen in Deutschland dasselbe eingetreten sein sollte, was in England und in Frankreich eintrat. Daß das sächs. L.R. die Kampfklage auf verschiedene bestimmte Voraussetzungen einschränkt,[2] kann dabei so wenig maßgebend sein, als daß das Kaiserrecht dieselbe verwirft.[3] Denn der Sachsenspiegel kennt noch nicht die volle Emanzipation des Ritterstandes aus dem alten gesellschaftlichen Systeme; das Kaiserrecht aber stellt sich in der einen der angeführten Stellen eben nur auf den Standpunkt des städtischen Bürgerthums; in der andern verwirft es zwar den gerichtlichen Zweikampf allgemein, allein es spricht damit eben nur, wie der Kaiser Friedrich II,[4] eine rationelle Ansicht aus, die in der Wirklichkeit nicht durchgeführt werden konnte. Treffend hat Wilda[5] dem Ausspruch des freidenkenden Kaisers über den Werth des Gottesurtheils die entgegengesetzte Ansicht von Dante[6] gegenübergestellt, welche die zeitgemäße war. Wirklich finden sich denn auch seit dem 13ten Jahrhundert eine Reihe von Kampfordnungen,[7] und eigene Kampfgerichte (z. B. Halle, Würzburg, Ansbach, Burggrafenthum Nürnberg ꝛc.), in denen ohne Zweifel nur noch Ritter gegen einander auftraten.

e) Das Recht der niedern Stände und des Bürgerthums.

Umgekehrt ist nun diejenige Form des Strafverfahrens, welche der Sorge für das öffentliche Interesse entsprach, nicht sowohl in den Landgerichten, als in den landesherrlichen Amts- und in den Stadtgerichten, vornämlich in den letzteren gehandhabt und ausgebildet worden.

In der That paßte auch das Verfahren mit Reinigungseid und Zweikampf nur noch für den Ritterstand. Waren auch immer die Beweismittel noch die des alten Volksrechts, so hatten sie doch mit der Grundlage der freien Volksgemeinde den alten Boden und den alten Sinn verloren. Die neuen städtischen Gemeinden so wenig, wie die

[1] Stein, franz. R.G. S. 217 f.

[2] Albrecht. l. c. §. 21.

[3] Kaiserrecht IV. 1. II. 69. Vgl. Glosse z. sächs. L.R. I. 63. Dagegen C. 1234. (Pertz IV. 301.) C. 1290. (P. IV. 455. 456.)

[4] Constit. Sic. II. c. 31—33.

[5] Allg. Hall. Encykl. v. Ordalien. S. 484.

[6] De monarchia.

[7] Bei Goldast, Reichssatz. Thl. 1. S. 236. Thl. 2. S. 85. Münster Cosmogr. lib. III. c. 302—305. Dreyer, verm. Schr. I. S. 141.

unter der landesherrlichen Vogtei oder unter einer Grundherrschaft stehenden Landgemeinden repräsentirten mehr jene alte freie Volksgemeinde. Weder die städtische, noch die landesherrliche Obrigkeit konnte mehr den Satz anerkennen, daß die ursprüngliche Folge eines begangenen Verbrechens im Grunde die Rache des Verletzten oder seines Geschlechts sei, daß mithin, wenn es zum ordentlichen gerichtlichen Verfahren darüber komme, die Eidesgenossen eigentlich nichts Anderes, als die Fehdegenossen darstellen. Zudem war die ursprüngliche Bedeutung des Geschlechts, der Familie, und damit die alte Grundlage des Eidhelferinstituts, zwar nicht untergegangen, aber doch aus dem öffentlichen Rechte nachgerade ganz ins Privatrecht zurückgedrängt worden.[1] Schon in der karolingischen Zeit hatten die Bestimmungen über Ernennung der Eidhelfer durch den Kläger oder durch den Richter gezeigt, daß das Institut seinen natürlichen Boden zu verlieren im Begriff war. Die neuen Obrigkeiten in den Städten, wie in den Lehensherrschaften mußten eben wie die karolingischen Herrscher darauf bedacht sein, dem hieraus entspringenden Mißbrauch des Eides zu steuern. Wenn sie daher sich nicht im Fall sahen, das alte Institut umzubilden, so blieb nichts Anderes übrig, als es zu verdrängen und an die Stelle des Eides andere Beweismittel zu setzen.

Ebenso wenig konnte das herkömmliche Kampfrecht sich in jenen neuen politischen Bildungen erhalten. So gewiß die Landesherrn dasselbe ihren ritterlichen Lehens- und Dienstmannen zugestehen mußten, um sie nur überhaupt zur Stellung vor die Gerichte zu vermögen, so wenig konnten sie es denen zugestehen, die sie unter stärkerem obrigkeitlichen Zwange zu halten vermochten, da inmitten des allgemeinen Fehdeunfugs der gerichtliche Zweikampf wohl weit mehr die Bedeutung eines geregelten Fehderechts, als die eines Gottesurtheils hatte. Den Städten widerstrebte er in beiden Beziehungen. Beide Beweismittel, Eid und Kampf, haben sichtlich schon in den Rechtsbüchern ihre alte Grundlage großentheils verloren. Der Eid hat seinen Schwerpunkt nicht mehr in den Eideshelfern, sondern gilt als Freiheitsvorrecht des Individuums der öffentlichen Macht gegenüber. Der Kampf wird kaum mehr als Gottesurtheil, sondern vornämlich nur als das Gegenstück jenes eben-

[1] Mit Unrecht setzt dies Waitz in eine viel frühere Zeit. Der Grund des Mißverständnisses ist von Sybel in der Zeitschr. für Gesch. 1845. S. 314 f. schlagend nachgewiesen.

gedachten Freiheitsvorrechts, als Mittel, dasselbe unwirksam zu machen, angesehen. Der Beklagte hat in der Regel das Recht, mit seinem Eide zu entgehen; aber der Kläger kann ihn kämpflich grüßen und sich dadurch Genugthuung von ihm erzwingen. Aber nie darf der Untergenosse den Uebergenossen kämpflich ansprechen; damit steht das Beweismittel schon in den Rechtsbüchern als aristokratisches Vorrecht da. Eid und Kampfrecht blieben daher auch die spezifischen Beweismittel des Ritterstandes; dieser allein (außer dem Herrenstand) hatte sich die volle alte Freiheit gerettet, und so behielt er auch, wenn nicht allein, doch vorzugsweise jene Beweismittel, in welchen die freie Persönlichkeit des einzelnen Mitglieds gegenüber der (im Gemeindezeugnisse, bei der handhaften That hervortretenden) Gemeinde anerkannt gewesen war. Ist es ein Grundsatz des germanischen Beweisrechts, daß das Gericht sich zunächst mit der Behauptung des Freien (resp. seiner Genossen) genügen lassen muß, weil dieser darein das ganze Gewicht seiner Persönlichkeit legt, und eben hieraus auch die Garantie für die objektive Wahrheit entsteht, so ist gerade der Zweikampf dasjenige Moment des germanischen Beweisverfahrens, in welchem jener Grundsatz seine schärfste Ausprägung gefunden hat; denn hier zeiht jeder Theil den andern persönlich der Lüge, und setzt sein Leben ein, um seine Ehre zu behaupten.[1] Ein solches eminentes Geltendmachen der Persönlichkeit und ihrer Ehre kam aber seit der Trennung der Stände eben nur dem Ritterstande zu.

Im Gegensatze nun also gegen diese Seite des alten Beweisrechts wurde die andere Seite desselben durch das städtische und landesherrliche Regiment ausgebildet. Jenes Element ist das absterbende, in Auflösung übergehende; dieses das aufblühende und lebenskräftige, das mit der Erstarkung der Landeshoheit alsbald auch in die Gerichte der höheren Stände übergieng. Für den vorliegenden Zweck wird es indessen genügen, den ohnedies verwahrlosten[2] und weniger bekannten Bildungsgang in den landesherrlichen Amtsgerichten bei Seite zu lassen, und nur die Hauptmomente des, jedenfalls vorbildlichen, Entwicklungsverlaufs in den städtischen Gerichten in's Gedächtniß zu rufen.

Als die wesentliche Tendenz der Städte kann sogleich eben das Bestreben bezeichnet werden, dem Reinigungseide und dem Kampfrecht

[1] Stein, franz. R.G. S. 228.
[2] S. meinen Art. in der Zeitschr. f. d. R. XII. 84—86.

entgegenzutreten. Die eigentlichen Ordalien können hierbei außer der Betrachtung bleiben. Obgleich es nämlich nicht an Beispielen fehlt, daß sie noch im 15ten Jahrhundert vorgekommen sind, ja Ueberreste davon sich noch viel später (namentlich in den Hexenprozessen) erhalten haben,[1] so erscheinen sie doch schon im 13ten Jahrhundert sichtlich als verschwindendes[2] Moment, und, was sie etwa noch hält, ist eben nur die Antipathie gegen den Reinigungseid.[3] Sind sie doch auch in den nordischen Reichen gerade im 13ten Jahrhundert überall auf dem Rückzug oder bereits abgekommen.[4] Auch in den Rechtsbüchern stehen sie aber jedenfalls hinter dem Zweikampf entschieden zurück und erscheinen fast nur noch als Surrogate des Reinigungseids bei solchen Personen, die diesen nicht schwören dürfen.[5] Der Gedanke, der ihnen zu Grunde liegt, hat sich im deutschen Prozesse jedenfalls nur in einer andern Form (der Tortur) forterhalten. Während nun aber das Kampfrecht in den Rechtsbüchern noch eine sehr bedeutende Stellung einnimmt,[6] so sieht man die Städte überall mit Erfolg bemüht, desselben sich zu entledigen.[7]

Es genügte jedoch nicht, Kampfrecht und Ordalien abzuwälzen; die Lücke, die dadurch entstand, mußte auch wieder ausgefüllt werden. Und hier ist es nun gerade, wo die Rechtsbildung einen Weg einschlug, der sie dem kanonischen und römischen Rechte entgegenführte und der Uebermacht seiner Bildung unterwarf. Von Anfang herein hatte es dazu das Aussehen noch nicht. Es scheint zunächst ganz auf nationalem Wege weiter zu gehen, indem nur die Prozeßform der handhaften That immer mehr ausgebildet und erweitert wird. Der Begriff des materiellen Zeugnisses ist zwar auf dem Wege; das Hervordrängen des Untersuchungsprinzips und damit des Strebens, dem Beweis die Garantie objektiver Wahrheit zu geben, ist dazu allerseits beförderlich. Aber gleichwohl dauert es lange Zeit, bis jener Begriff sich völlig aus dem der Eideshilfe losmacht und diesen wirklich zu verdrängen anfängt. Der

[1] Wilda in der Encykl. v. Ordalien S. 488. nach Majer S. 107–112.
[2] Sächs. L.R. III. 21. §. 2.
[3] Rig. Ritterr. (Oelrichs) c. 90. 95.
[4] Wilda, a. a. O. S. 485. 486.
[5] Sächs. L.R. I. 39.
[6] Sächs. L.R. I. 18. 43. 48. 49. 51. 53. 62–65. 68. 69. II. 3. 12. 16. III. 9. 26. 33. 36. 72. 79. 91.
[7] Majer, Ordalien. S. 284 f.

volksthümliche Rechtsgeist reißt sich nur langsam und mühsam von seinen Wurzeln ab. Und doch blieb zuletzt nichts Anderes übrig. Denn es fehlte an zu vielen Bedingungen, als daß jene Fortbildung der Prozeßform der handhaften That zu demselben Ergebniß, wie in England, hätte ausreifen können. Vor Allem gebrach es an einer über das ganze Reich gleichförmig ausgespannten Gemeindeverfassung und an Einem die Rechtspflege im ganzen Reiche zur Einheit zusammenfassenden Gerichtshofe. Statt dessen war das Reich in eine Menge von höchst verschiedenen politischen Körpern, geistlichen und weltlichen Herrschaften und freien Gemeindestaaten zerrissen, so zwar, daß auch unter der Landeshoheit die verschiedenen Stände eine ganz verschiedene politische Stellung einnahmen. Kirchliches Prozeßrecht, Prozeßrecht des Lehenswesens und Prozeßrecht freier und landsässiger Gemeinden herrschten in buntem Durcheinander. Das Untersuchungsprinzip konnte sich daher nicht von Einem Mittelpunkte aus geltend machen und die Kraft, die es dadurch erhielt, in der Peripherie wieder dadurch mildern, daß es die freie Gemeinde (in der Form der Rügejury) selbst zu seinem Organe machte. Vielmehr mußte es überall in kleinen politischen Körperschaften selbständig auftreten, und meist um so stärker, je größer ringsumher die Anarchie war. Dadurch war es selbst in den freien Städten genöthigt, die Obrigkeit allein zu seinem Organe zu nehmen, ohne der Gemeinde eine Betheiligung zuzugestehen. Folgeweise mußte aber auch die mit dem allmäligen Siege des Untersuchungsprinzips unvermeidlich verbundene Reform des Beweisrechts einen andern Verlauf nehmen. In England bestand sie lediglich in einer neuen Organisation der ursprünglichen nationalen Elemente, d. h. in der Uebertragung der Eidhelferfunktion auf die Repräsentanten der Gemeinde, vor welchen man die That durch möglichst vollständige Reproduktion handhaft zu machen suchte, um ihren Wahrspruch darüber möglich zu machen. Ganz im Einklang mit der subjektiven Grundstimmung des germanischen Beweisrechts erhielt hiemit das materielle Zeugniß seine richtige Stellung als bloß vorbereitendes Beweismittel; und von den wesentlich germanischen Elementen gieng keines verloren, selbst das Gottesurtheil nicht, dem nur eben das Urtheil der patria substituirt erscheint. In Deutschland dagegen vertheilten sich die Elemente des nationalen Rechts an die Prozeßrechte verschiedener Stände. Das Prozeßrecht des Bürgerthums, welches allein das zukunftskräftige war, stieß, eben im Gegensatze gegen die Mißbräuche

des Lehenswesens, gerade dasjenige Element von sich, welches in England die Form für die Betheiligung der Gemeinde abgab (den Eid der Genossen). Wenn auch mit sichtlicher Mühe und Widerwillen, mußte es die große Lücke, die durch Verbannung des Kampfrechts und Beschränkung des Reinigungseids entstand, allgemach doch auf die einzig mögliche Weise ausfüllen, — durch die Einführung des materiellen Zeugnisses, das nun aber freilich als selbstgenugsames Beweismittel eintreten und eben damit das innerste Wesen des nationalen Beweisrechts umkehren mußte. Gleichwohl war damit die entstandene Lücke noch nicht ganz ausgefüllt. Man hatte nur ein objektives Wahrheitsbewährungsmittel gewonnen. Selbst die Unterwerfung unter das fremde Recht aber vermochte dem deutschen Rechtsgeiste das tiefe Bedürfniß nach einem subjektiven nicht zu nehmen. Daher nun der Drang, das Geständniß hervorzubringen, und das Mittel dazu, — die Folter. [1]

Wenn es nun aber den Städten zunächst überall gelang, das Hauptelement des lehnrechtlichen Prozeßrechts, das Kampfrecht von sich auszustoßen, so war es mit dem Reinigungseide eine weit schwierigere und kitzlichere Sache, sei es nun, daß man ihn nur als ein Glied des gesammten Eidsystems im germanischen Prozesse, oder daß man ihn, hievon losgerissen, nur als ein Freiheitsvorrecht des Angeklagten auffaßte. In der That war die erstere Beziehung in der hier vorliegenden Rechtssphäre noch keineswegs unpraktisch. Wenn auch bei der isolirt wohnenden Ritterschaft das alte Institut der Eideshilfe seine Bedeutung nothwendig immer mehr verlor, so war dies innerhalb der ländlichen und städtischen Gemeinden keineswegs ebenso der Fall, da hier dem Geschlechtsverband so leicht und natürlich anderweitige Verbindungen zu substituiren waren, wie sie ja der korporative Trieb des Mittelalters in Menge erzeugte. Daß denn auch in der That die Ungunst gegen den Reinigungseid nicht zugleich eine Ungunst gegen das Eidesrecht überhaupt und insbesondere gegen das Institut der Eideshilfe in sich schloß, [2] das erhellt genugsam aus der ungemeinen Ausdehnung, welche das Recht des Uebersiebnens erhielt. Allein, auch als Freiheitsvorrecht für sich betrachtet, fand der Reinigungseid Sympathieen genug bei den Mitgliedern der Bürgerschaften selbst, daher denn in der Regel die Stadt-

[1] Vgl. die abweichende Darstellung in den strafr. Fragen der Gegenw. S. 43 f., die freilich auf ihrem einseitigen Standpunkte dies Alles verkennen müssen.
[2] Vgl. Stein, franz. R.G. S. 293 f.

rechte nur die Gäste dem strengen Rechte unterwerfen, den Bürgern selbst aber die Behandlung nach dem freundlichen Rechte garantiren.[1] Beide Beziehungen trugen dann abermals dazu bei, die Reform des städtischen Beweisrechts im Ganzen zu erschweren. Dagegen kam es derselben auf der andern Seite zu Statten, daß im bürgerlichen Rechtsverfahren die Entwicklung der Eideshelfer zu Zeugen früher und leichter vor sich gieng, wiewohl es auch hier verhältnißmäßig lange Zeit brauchte, bis das Requisit der eigenen Sinneswahrnehmung für den Zeugen sich vollkommen feststellte.[2] Nur freilich nahm das Zeugniß im bürgerlichen Rechtsstreite trotzdem in Deutschland nicht die Form der Rekognitionen an, die in England zur äußeren Gestaltung der Assisen und Geschworenengerichte führte, sondern es bildete sich, abgelöst von dem alten Grundgedanken des Nachbarzeugnisses, lediglich als Privatzeugniß aus und wurde ebendamit dem Einflusse der römischen Rechtsansichten um so leichter zugänglich.

Im peinlichen Verfahren war es nun vor Allem Ein Element des alten Beweisrechts, an welches der Reformdrang der Städte sich hielt, — das Gerichts- oder Gemeindezeugniß. Eben dieser Gedanke nämlich liegt dem Verfahren auf handhafte That zu Grunde, nicht der Gedanke der Notorität, wie es von Wächter aufgefaßt wird.[3] Das notorium, omnibus manifestum in den Landfriedensgesetzen Kaiser Friedrichs I. muß entweder als eine unvollkommene Bezeichnung von handhaft genommen werden, oder muß man darin eine Abweichung von der ächtgermanischen Rechtsanschauung im Sinne des kanonischen Rechts sehen, das bekanntlich den Begriff der Notorität auf sehr schwankende Weise handhabte.[4] Das deutsche Recht dagegen verband mit der Handhaftigkeit einen ganz bestimmten Begriff, der sich eben auf das Gerichts- oder Gemeindezeugniß bezog. Die Idee, daß dieses dem Gottesurtheil zunächst stehe, daß der selbstsehenden und hörenden Gemeinde gegenüber alles Beweisen unstatthaft und überflüssig sei, hatte sich in der alten Stärke erhalten. Daher der hohe Werth der leiblichen Beweisung in bürgerlichen Rechtssachen. Gegen die dem Gerichte vor-

[1] S. besonders Zöpfl, Bamb. Recht.

[2] S. besonders Planck in der Zeitschr. f. d. R. X. S. 209—217.

[3] Beitr. z. deutsch. Gesch. S. 221. 222. S. dagegen Cropp in Trummer und Hudtwalker, krim. Beitr. II. 367.

[4] Biener, Beitr. S. 19. 20.

liegende oder durch den Kläger vermittelte Sinneswahrnehmung galt kein Reinigungseid;[1] und offenbar ist diese „Beweisung" nicht sowohl als ein Beweis von Seiten des Klägers, als vielmehr als eine eben nur durch ihn vermittelte, alles Beweisen ausschließende Ueberzeugung des Gerichts aufzufassen. Ganz ebenso verhält es sich mit der handhaften That,[2] welche der Kläger gleichsam selbst vor das Gericht bringt, so daß es nicht anders ist, als ob das Gericht selbst die That sähe und hörte. Daher die Erforderniſſe des Verfolgens mit Gerüfte, des Ergreifens auf der That oder der Flucht unmittelbar nach derselben, sofort der Vorführung des Ergriffenen vor den Richter mit wiederholtem Gerüfte, ehe die That übernächtig wird, überhaupt der ununterbrochenen Reihenfolge der Akte von der That weg bis in's Gericht, und der Möglichkeit, dem Gerichte noch irgendwelche Spuren des Verbrechens vorzuweisen. Der Grundgedanke ist daher allerdings, daß der Verbrecher hier durch die That selbst überführt und gerichtet werde;[3] aber eben nur durch die dem Gericht evident vorgelegte That. Daß die durch logische Reflexion, nicht durch Anschauung vermittelte Evidenz ebenso behandelt würde, das ist dem alten Rechte völlig fremd; dazu hat sich die Sache erst allmälig fortentwickelt. Die Bestimmung aber, auf welche man jenen weiteren Begriff der Evidenz gründen wollte (daß auch dann handhafte That anzunehmen sei, wenn die gestohlene Sache längere oder kürzere Zeit nach verübtem Diebstahl in der geschlossenen Gewere des Beklagten gefunden werde), ist ganz anders zu erklären.[4] Sehr richtig bemerkt Planck, durch den Eid des Klägers selbsiebent werde der Charakter der leiblichen Beweisung nicht geändert. Nicht nur nämlich wird er nicht in allen Fällen erfordert, sondern er ist auch offenbar nur etwas Zufälliges, eine auch anderweitig zu beschaffende Ergänzung des Totaleindrucks der in das Gericht verlängerten That. Auch die Handhaftigkeit ist daher ursprünglich keineswegs unter die Kategorie des Beweises, und insbesondere des Anklagebeweises zu stellen. — Erst im Verlauf der weiteren Fortbildung ist das Gericht in den Hintergrund und die Thätigkeit des Klägers und seiner Mitschwörer in den Vordergrund getreten, — eine Veränderung, die damit

[1] Sächs. L.R. I. 13. §. 1. 15. §. 2. 22. §. 4. Richtst. L.R. 11. 16.
[2] Sächs. L.R. II. 35. 64.
[3] Cropp, a. a. O. S. 366.
[4] Planck, a. a. O. S. 226. Not. 51.

zusammenhieng, daß man allmälig in diesen Mitschwörern nicht mehr bloße Eidhelfer, sondern materielle Zeugen sah. In Wahrheit diente aber ursprünglich auch hier der Schwur des Klägers bloß zur Vermittlung einer allen Beweis ausschließenden Ueberzeugung des Gerichts, [1] und erst später — unter dem Einflusse einer dem altgermanischen Rechte zunächst fremden Ansicht — entwickelte sich die Vorstellung, daß in diesen Fällen ein dem Vertheidigungsbeweise vorhergehender Auflagebeweis vorliege. [2] Schon die Rechtsbücher heben es allerdings heraus, daß hier der Kläger mit seinem Eide den Beklagten übergehen könne, während der Reinigungseid wegfalle. Allein sofern sie doch im Wesentlichen die Mitschwörer des Klägers noch als bloße Eidhelfer auffassen, stehen sie der alten Ansicht doch immer noch näher. Gleichwohl enthalten sie dieselbe selbst nicht mehr in ihrer Reinheit. Und in der That blieb auch dem deutschen, eben wie dem französischen Rechte und aus denselben Gründen, nichts Anderes übrig, als den alten Begriff des Gerichtszeugnisses durch Fiktionen zu erweitern, sobald das lebendiger hervortretende Staatsbewußtsein sich mit dem alten Systeme des Unschuldseids und des Zweikampfs nicht mehr zu begnügen vermochte und nach neuen, dem Untersuchungsprinzipe angemessenen Beweisformen suchte.

Auch in England wurde die Fortbildung des Beweisrechts durch Erweiterung und Entwicklung des Begriffs der Handhaftigkeit vermittelt, allein auf ganz andere Weise, so nämlich, daß sich zwischen das Gericht und die Partheien eine neue organische Form für die zeugende Gemeinde (das volksthümliche Element in der Rechtspflege) einschob, und diesen geschworenen Vertretern der patria nun die That handhaft gemacht, d. h. nicht mehr bloß sinnlich unmittelbar vorgeführt, sondern auf vermittelte Weise rekonstruirt wurde. In Deutschland blieb das Schöffengericht der alleinige Vertreter der Gemeinde, ein unmittelbar sich selbst zeugendes Gericht, — mit dessen Untergang denn auch später überhaupt alles volksthümliche Element in der Rechtspflege begraben wurde; und eben so blieb der Begriff der handhaften That in seiner sinnlichen Unmittelbarkeit bestehen. Statt ihn aus sich selbst weiter zu entwickeln und zu idealisiren, suchte man ihn durch Fiktionen auszu-

[1] Dies ist bei Stein S. 293 f. übersehen.

[2] Vgl. die ganz einseitige Auffassung in den strafr. Fragen d. Gegenw. St. 1. S. 41. 42.

dehnen; man übertrug ihn auf Fälle, auf die er theilweise oder ganz gar nicht mehr paßte, und so geschah es, daß sich gleichsam unter seiner Maske ein ganz anderes Beweissystem bildete, daß der alte ehrwürdige Begriff des Gerichtszeugnisses ganz in dem des Privatzeugnisses untergieng.

Der Anfang zu dieser unvermerkten Verfälschung des ursprünglichen Systems zeigt sich nun schon in den Rechtsbüchern ganz offen. Den weiteren Verfolg stellen aber erst die Stadtrechte und Landrechte dar; sie mußten auch den gerichtlichen Zweikampf zu ersetzen suchen, den die Rechtsbücher noch anerkannten. Die hauptsächlichen Erscheinungen, die hierher gehören, sind nun folgende.

Während ursprünglich handhafte That nur dann angenommen wurde, wenn man den Thäter auf der That oder auf der Flucht von der That hinweg mit Gerüfte verfolgte, ergriff und sofort am selben Tage noch mit wiederholtem Gerüfte und unter Vorzeigung sichtbarer Spuren der That vor Gericht brachte, so gieng man nach und nach von diesem strengen Begriff ab. Man begnügte sich, wenn auch das eine oder das andere dieser Erforderniſſe fehlte. Am folgereichsten wurde zunächst dies, daß, wenn es nicht gelungen war, den Thäter zu ergreifen, der Kläger gleichwohl sofort mit Gerüfte und leiblicher Beweisung den Thäter vor Gericht anklagen und seine Verfestung bewirken konnte, was dann die Folge hatte, daß dieser, sobald er nachher unfreiwillig vor Gericht gestellt wurde, ganz dieselbe Behandlung erfuhr, wie wenn er wirklich in der handhaften That gefangen worden wäre. Man sieht deutlich, wie dieses Verfahren genau an den Begriff der handhaften That sich anschließt, sofern die That immer wenigstens beschrieen sein muß, auch die Klage zunächst noch am Tage der That selbst erhoben werden soll. Allein an diesen Erforderniſſen wurde abermals nachgelassen; man ließ auch bei übernächtiger That noch die Verfestung (mit den Wirkungen der handhaften That) zu, — nur mußte dann der Thäter erst dreimal vergebens vorgeladen worden sein. Auch hier war es zuerst noch erforderlich, daß die That von Anfang herein eine beschrieene gewesen, d. h. der Thäter mit Gerüfte verfolgt worden sei. Daher wurden auch zur Klage auf die Verfestung, wie sonst, die Schreileute erfordert, während eine leibliche Beweisung nicht mehr erforderlich war. Aber auch die Schreileute verlangte man später nicht mehr; ja noch mehr, — wenn der Verfestete nun später ergriffen

und vor Gericht gestellt wurde, so brauchte nur noch der Beweis der Verfestung geliefert, hinsichtlich der That selbst aber der Ergriffene nicht mehr besiebnet zu werden.[1] Es erhellt hieraus, wie der Verfestungsprozeß, ursprünglich aus dem Handhaftigkeitsprozeß hervorgegangen, allmälig ganz an seine Stelle trat, ohne noch irgend einen Zusammenhang mit ihm zu haben. Er war nach und nach nichts mehr, als das strafrechtliche Ungehorsamsverfahren, das jedes Mal eintrat, wenn der Beklagte entweder auf die gesetzlichen Vorladungen gar nicht erschien oder aus dem Gerichte entfloh. Dieses Ungehorsamsverfahren stand in seinen Wirkungen dem Verfahren auf handhafte That gleich; d. h. durch Fiktion[2] war nach und nach der Ungehorsam des Beklagten mit dem Gerichtszeugnisse auf Eine Linie gesetzt.

Wie nun hier aus dem Verfahren auf handhafte That allmälig ein ganz anderes, auf ein verschiedenes Prinzip sich gründendes, herausgewachsen war, so ergieng es dem Begriffe des Gerichtszeugnisses auch noch in anderer Richtung. Statt sich selbst reicher und idealer zu entwickeln, löste er sich nach und nach in seine Elemente auf und ließ am Ende nur das eine davon übrig, in welchem er untergieng, um einer ganz andern Idee Platz zu machen.

Wie schon angeführt, ließ man nämlich mehr und mehr die Wirkung der handhaften That, d. h. des Gerichtszeugnisses auch dann eintreten, wenn von den ursprünglichen Erfordernissen der Handhaftigkeit das eine oder das andere fehlte. Wie dies der Fall war, wenn es an dem Erfordernisse der Ergreifung des Thäters gebrach, wurde so eben angegeben; hieraus entwickelte sich der Verfestungsprozeß. Allein man ließ auch mit den übrigen Erfordernissen mit der Zeit nach. So findet sich, daß das Vorhandensein von Leibzeichen, die früher fast für unentbehrlich angesehen wurden, für überflüssig erklärt wird. Andererseits werden beim Vorhandensein von Leibzeichen die Mitschwörer für entbehrlich erklärt und nur dann gefordert, wenn es an jenen gebricht. Am weitesten sahen sich aus natürlichen Gründen die Vehmgerichte zu gehen genöthigt, wo es sich um Verbrechen handelte, die außer Westphalen begangen wurden. Da hier der in der handhaften That Ergriffene nicht sofort vor Gericht gestellt werden konnte, so blieb nichts übrig, als ihn auf der Stelle durch die

[1] Die Belege s. bei Albrecht, Doctr. de probationibus.

[2] Es ist nicht unrichtig, aber oberflächlich, wenn dies gewöhnlich nur so aufgefaßt wird, daß man in der contumacia eine tacita confessio gesehen habe.

Vehmschöffen richten zu lassen, die ihn ergriffen hatten.[1] Hier wurde also sogar von der Grundlage der ganzen Idee, dem Selbstsehen und Hören des Gerichts abgegangen. War der Thäter entwischt, so hatten nun wohl die Schöffen, die ihn ertappt hatten, ihn anzuklagen, und er wurde sofort auf ihr Zeugniß, das hier das Gerüfte ersetzte, geächtet. In beiden Fällen blieb von dem ursprünglichen Gedanken nur wenig übrig; der Begriff des Gerichtszeugnisses war auf dem Wege, sich in die unbestimmte Vorstellung der Notorietät zu verlieren, — an welche ja auch in Frankreich[2] die königliche Gewalt ihre Reform des Beweissystems anknüpfte.

So weit giengen nun freilich die ordentlichen Gerichte zunächst nicht, bei denen immer das Bestreben ersichtlich ist, sich noch möglichst an die alten Begriffe anzuschließen. Allein das praktische Bedürfniß trieb auch sie noch weiter. Denn die angeführten Erleichterungen des Prozesses auf handhafte That und des Verfestungsverfahrens reichten noch lange nicht aus, um der Rechtspflege die stets dringender geforderte Sicherheit und Kraft zu geben. Noch blieben eine Menge von Fällen übrig, in welchen man gegen den Beklagten nichts thun konnte, sondern zusehen mußte, wie er „mit seiner Unschuld entgieng,“ was er ja auch thun konnte, wenn er verfestet war und noch zur rechter Zeit sich aus der Verfestung zu ziehen und sich freies Geleit auszuwirken wußte.[3] Hatte doch der Verdächtige, wenn er auch nicht angeklagt war, das Mittel, durch den Inzichtprozeß sich Freiheit von aller weiteren Belästigung durch die Justiz zu verschaffen.[4] Nun blieb es zwar in solchen Fällen, wo weder das Verfahren auf handhafte That zulässig, noch Verfestung eingetreten war, immer noch möglich, daß der Beklagte selbst das Verbrechen gestand; auch findet man nicht selten, daß in Fällen, wo zwar nicht handhafte That, aber doch das eine oder andere Requisit derselben (namentlich Leibzeichen) vorlag, wenigstens die Klage mit Gerüfte — auch bei übernächtiger That und gegen den nicht ergriffenen Verdächtigen — gestattet wurde, was dann die Folge hatte,

[1] Das Nähere s. bei Wächter, Beitr. z. deutsch. Gesch. Abh. I.

[2] Stein, S. 575.

[3] Sächs. L.R. II. 4. Richtst. L.R. 52. Stat. v. Augsb. (Walch, IV. 166.) Sächs. L.R. I. 67.

[4] Maurer, altdeutsch. Ger.Ver. S. 210 f. Roßhirt, Gesch. u. Syst. I. S. 122 f. 126 f. Zöpfl, Bamb. R. S. 150 f.

daß er nicht mit seinem Unschuldseide davon kam, sondern Mitschwörer haben mußte.[1] Gestand er oder mißlang im Läugnungsfall der Reinigungseid, so konnte die Verurtheilung erfolgen, wie dies von der Praxis der Vehmgerichte und sonst bezeugt, auch den uralten Regeln des germanischen Rechts vollkommen gemäß ist.[2] Allein beide Auskunftsmittel waren prekär. Auf freiwilliges Geständniß war sicher im Durchschnitt nicht zu rechnen, weswegen man sich ja auch zur Annahme der Folter gedrängt sah. Die Forderung von einer größeren Zahl von Mitschwörern beim Unschuldseide aber war eine große Härte für alle Nichteinheimische, daher man denn im bamb. Stadtrechte[3] die Bestimmung findet, daß der Fremde, der sechs Eidhelfer nicht aufbringen könne, die fehlenden sechs Eide selbst schwören dürfe. Das Mittel, das man ehemals gebraucht hatte, wo man wegen besonderer Schwere der Anschuldigung[4] oder wegen Mißtrauen gegen die Person des Angeschuldigten[5] die Reinigung erschweren wollte — die Verweisung auf ein Gottesgericht, war vom Zeitgeiste verworfen.

Man mußte sich also wohl entschließen, noch weiter zu gehen. Eben die Folter bot sich als ein kaum zu entrathendes, überdies dem Gottesurtheil vielfach analoges[6] Auskunftsmittel dar, (sicherlich wohl nicht als „ein den freien Germanen gebotener Köder, als ein Mittel des Versagens,"[7] sondern als ein Mittel der Staatsgewalt, um dem Läugnen der freien Germanen zu steuern). Allein einmal scheute man sich längere Zeit, dieses Mittel gegen städtische Bürger anzuwenden,[8] während man allerdings mit Nichtbürgern weniger Umstände machte, und dann konnte man nur den foltern, der wirklich vor Gericht gestellt war. Gerade daran fehlte es aber zum öftesten, da es Regel war, daß außer dem Fall der handhaften That und der Ver-

[1] Schöff.Spr. bei Böhme VI. 108. 109. Stat. v. Leobschütz bei Böhme II. 10. Nr. 7.

[2] Belege bei Kropp, S. 383—388. 406. Wächter, Beitr. S. 221—223. eb. S. 267 ob.

[3] §. 157. 159.

[4] Just. der Bamb. Ministerialen aus dem 12ten Jahrh. bei Zöpfl, Bamb. R. S. 147. n. 5.

[5] Sächs. L.R. I. 39.

[6] S. auch wieder Wilda, v. Ordalien.

[7] Wie Gundermann S. 48. n. 97. meint.

[8] Bamb. Stadtr. §. 71. 73 j. §. 186.

festung Niemand gefangen werden dürfe.[1] Hier findet man nun auf's Neue an der Strenge des alten Rechts nachgelassen, indem nicht selten gestattet wird, auch nach übernächtig gewordener That den nicht verfesteten Verdächtigen zu binden und gebunden vor Gericht zu führen, um ihn dort zu übersiebnen (resp. der Folter zu unterwerfen).[2] Auch dieses Verfahren wird aber freilich meist vorerst nur gegen Nichtbürger zugelassen, denen betreffenden Falls die Obrigkeit das freie Geleit verweigerte und eben damit das Vorrecht des Reinigungseids entzog. Hier war es gerade der Widerwille gegen die Gottesurtheile, welcher die Städte zum Weitergehen antrieb. Nach den Rechtsbüchern sollte der Rechtlose das Vorrecht der eidlichen Reinigung nicht haben, sondern an deren Statt ein Gottesurtheil zu bestehen haben. Die Städte verwarfen nun das Gottesurtheil; da sie aber gleichwohl den Rechtlosen nicht zum Schwure gelangen lassen wollten, so blieb nichts Anderes übrig, als daß man auch die Rechtlosigkeit des Beklagten der handhaften That und Verfestung gleichstellte, d. h. denselben durch den Kläger übersiebnen ließ.[3] Was aber erst nur bei Rechtlosen angenommen war, das wurde auf übelberüchtigte Leute überhaupt ausgedehnt, und die schwarzen Register, welche die städtischen Obrigkeiten über solche Personen sich anzulegen pflegten, dienten bestens dazu, diese neue Ausdehung des strengen Verfahrens praktisch zu machen.[4] Unbescholtene mußten wenigstens gefangen vor Gericht gebracht werden, wenn dieses Verfahren eintreten sollte; was aber manche Statute nur für Fremde vorschrieben, das setzten andere ganz allgemein fest.[5]

Alle diese Neuerungen treten aber ganz ausdrücklich eben als Erweiterungen, als Uebertragungen des Handhaftigkeitsprozesses auf andere Fälle, mithin als Fiktionen des Gerichtszeugnisses auf,[6] wie sie ja auch

[1] **Albrecht.** l. c. I. 55. not. 33.

[2] Bamb. Constit. 1314 bei Zöpfl, Anh. V. Nr. 34. Stat. v. Augsb. bei Albrecht. §. 27. Zöpfl, Bamb. R. S. 144. Tübinger Stadtr. 1388 bei Wächter, Beitr. S. 264.

[3] Hamb. Stat. v. 1270. VI. 12. v. 1292. c. 11. Brem. Sched. 42. (Oelrichs, S. 182.) Besonders Gosl. Stat. p. 36, 15—25. bei Göschen. Vgl. S. 510.

[4] Beispiele bei Cropp, S. 401—403. Vgl. Augsb. Stat. (Walch, IV. 198.)

[5] S. die Privil. bei Lindau und für Kempten bei Wächter, S. 265. 266.

[6] S. besonders die in der vor. Note cit. Privilegien und die ganze Abh. von **Albrecht.**

fast durchgängig eben nur dadurch entstanden sind, daß man Stück für Stück von den ursprünglichen Erfordernissen der handhaften That fallen ließ. So kam es auf ganz natürliche Weise nach und nach dahin, daß von allen diesen Erfordernissen zuletzt nur noch das Ueberstiebnen [1] stehen blieb und daß dieses die regelmäßige Form der peinlichen Beweisführung wurde.

f) Der Uebergang zum fremden Recht.

Daß jedoch diese Neuerung weder allgemein, noch eben sehr leicht vor sich gieng, zeigt ein Blick auf die Statuten des späteren Mittelalters. [2] Die einen hielten strenger an den alten Erfordernissen der handhaften That, d. h. an dem ursprünglichen Begriff des Gerichtszeugnisses fest, während andere leichter geneigt waren, sich darüber wegzusetzen. Die Zähigkeit, womit gleichwohl auch die letzteren immer noch wenigstens an einigen Resten des alten Rechts festhielten, erklärt sich nicht etwa bloß aus der Barbarei des Mittelalters, [3] sondern hat einen tieferen Grund. Sie war die natürliche Folge des Gefühls, daß man mehr und mehr dem Rechte der Väter abtrünnig werde.

Diesem Schicksal konnte man freilich nicht entgehen, nachdem einmal alle Verhältnisse in Deutschland so lagen, daß eine Erneuerung und Umgestaltung des altgermanischen Rechts in nationalem Sinn nicht mehr möglich war. Man sah sich unvermerkt dahin gedrängt, die wesentlichen Elemente des alten Beweisrechts theils ihrer alten Bedeutung ganz zu entkleiden und am Ende in etwas völlig Anderes zu verwandeln, wie das Gemeindezeugniß, — theils geradezu immer mehr zu beschränken und endlich ganz zu verbannen, wie Eid und Gottesurtheil. Nur das Geständniß war geblieben. [4] Von allen Erfordernissen des Gerichtszeugnisses aber hatte sich namentlich nur das Eine des Ueberschwörens selbtsieben durch den Kläger erhalten, welches eben durch das Bestreben, der Rechtspflege Halt und Kraft zu geben, für die meisten Fälle zur weit überwiegenden Regel wurde.

[1] Oder auch Ueberzeugen durch einen Eid selbdritt. Z. B. Augsb. Stat. (Walch, IV. 198.) und Gosl. Stat. bei Albrecht. I. §. 28.

[2] S. vermehrt. Sachs.Sp. III. 16. pr. j. IV.

[3] Darauf läuft im Ganzen die Darstellung bei Wächter hinaus.

[4] Auch im Sachs.Sp., was Wächter S. 222 in Abrede zu ziehen scheint, stand das Geständniß der handhaften That gleich. I. 63. §. 2. II. 3. §. 3.

Wenn nun in diesen Eid des Klägers und seiner Mitschwörer allmälig die ganze Kraft des alten Gerichtszeugnisses übergieng, so verstand es sich wohl von selbst, daß eben damit auch andere Ansprüche an diesen Klageid gemacht werden mußten. Man mußte von den Mitschwörern mehr, als die bloße Eidhelfereigenschaft, man mußte von ihnen die Zeugeneigenschaft fordern, wenn man auch gleich nicht sofort schon an Zeugen im strengen Sinne dachte. Dies war nun zwar an und für sich selbst kein Abfall vom germanischen Recht, das, wie das englische Recht zeigt, die Weite in sich hat, Zeugniß und Eidhelferschwur in organischer Vermittlung aufzunehmen, oder, um es ganz zu sagen, die subjektive Garantie der Wahrheit mit der objektiven zu verbinden. Allein, so wie die Verhältnisse in Deutschland lagen, wurde das immer entschiedenere Hindrängen zur Anerkennung des Privatzeugnisses allerdings zu einem Abfall vom nationalen Rechtsgeiste, weil es sich davon handelte, das Zeugniß zu einem selbständigen für sich genugsamen Beweismittel zu machen, — wodurch man dem fremden Rechte geradezu entgegen kam.

Man sah sich also hier in demselben Zwiespalte, der die gesammte Rechtsbildung zur Zeit der Rezeption des römischen Rechts bezeichnet, indem ebenso die Einsicht zur Annahme dieser ratio scripta drängte, als das Gefühl sich dagegen sträubte. Das deutsche Recht stand hier an einem Scheidewege, wo die Entscheidung wahrlich eine schwere war, und es ist nicht zu verwundern, wenn mannigfach sich ein gleichsam wehmüthiges Anklammern an alte Rechtsansichten und Formen zeigt, das freilich vor dem allgemeinen Loose nicht bewahren konnte und vernünftiger Weise auch nicht durfte. Wäre aber auch dem nicht so gewesen, so war auch von nationaler Seite her der Uebergang zur Anerkennung des Privatzeugnisses mehrfach erschwert. Denn einestheils führte sie zu einer dem deutschen Bewußtsein schwer eingehenden Verläugnung des Prinzips der Ebenbürtigkeit,[1] nach welchem man nur das Zeugniß seines Genossen oder Uebergenossen gegen sich sollte anzuerkennen haben, anderntheils führte sie zu einer unumgänglichen Veränderung des alten Rechts über die Reihenfolge der Beweise.[2]

So sehen wir denn das statutarische Recht nur sehr allmälig in

[1] S. die Belege bei Göhrum, I. §. 39.

[2] S. die mehrangef. Abh. von Planck und ders. die Lehre vom Beweisurtheil. §. 7—10.

jener Abtrünnigkeit vom alten Volksrechte fortschreiten. Das Rechtsbuch König Ludwigs von Baiern z. B., das den Zeugenbeweis fast schon als Regel enthält, nimmt doch alle Fälle davon aus, wo es dem Beklagten an den Leib oder an die Ehre geht.[1] Ebenso verhält es sich mit letzteren Fällen nach den Hamburger, Stadener, Verdener Statuten;[2] und die ersteren fügen namentlich noch die Ausnahme hinzu: „es sei denn dem Rathe wissentlich.“[3] Ja noch mehr; eben diese nordischen Rechte zeigen auch sehr deutlich, wie man das materiell schon ganz veränderte Recht doch immer wenigstens im Ausdrucke noch dem älteren anzunähern suchte, so daß z. B. das Sehen der Zeugen, die den Thäter bei der That oder auf der Flucht wahrnehmen, ein „Begreifen“[4] (gleichsam mit den Augen) genannt wird u. dgl. Dahin sind denn auch wohl noch die Leobschützer Statuten zu rechnen, in welchen Albrecht schon den reinen Zeugenbeweis finden will; denn sie fordern nicht nur bei einer Reihe von Verbrechen noch die leibliche Beweisung, sondern es sind auch die Mitschwörer des Klägers eher für Klageidhelfer, als für Zeugen zu halten. Ebensowenig tritt in den Augsburgischen Statuten der Begriff des Zeugnisses rein hervor, noch in den anderen, die Albrecht §. 31 anführt. Gleichwohl leidet es keinen Zweifel, daß dieser Begriff, ohne Zweifel schon unter dem Einflusse des fremden Rechts, nach und nach wirklich, wenn auch nicht immer gleich in seiner Reinheit hervortrat, und daß sich früher oder später überall die Klageidhelfer in wirkliche Zeugen verwandelten.[5]

Was nun wesentlich dazu beitrug, die Verwirrung im herkömmlichen Rechte und eben deshalb das Eindringen des fremden Rechts zu befördern, das war gerade jene oben angeführte Veränderung des bis-

[1] Albrecht. l. c. §. 29.

[2] Pufendorf. I. app. p. 127. 195. III. app. p. 261.

[3] Hamb. Stadtr. 1270. VI. 12. (Lappenb. S. 30.) Vgl. jedoch die Gl. zum Stadtr. v. 1497. E. 18. (Lappenb. S. 224.)

[4] Hamb. Stadtr. 1270. XII. 4. (Lappenb. 66.) Hamb. Stadtr. 1497. (Walch, VI. 83. 142.) Albrecht. I. p. 72. 73. Vgl. Bremer Stat. (Puf. II. 68—70.) Verdener Stat. 181. (Puf. I. 134—136.) Gött. Stat. 24 f. (Puf. III. 160 f.)

[5] S. z. B. die Stellen aus dem Rechtsb. K. Ludwigs bei Albrecht. I. p. 65. Schwäb. L.R. (Laßb.) Art. 225. Münchner Stadtr. (Auer) Art. 249j. Art. 514.

herigen Rechts über die Reihenfolge der Beweise. Man gewöhnte sich nach und nach daran, das Gerichtszeugniß, das nach alter Ansicht allen Beweis ausgeschlossen hatte, selbst unter die Kategorie der Beweismittel zu stellen,[1] und konnte nun leicht, auf dem einmal betretenen Wege weiter fortschreitend, zu der natürlichen Frage kommen, „ob nicht auch dem Zeugnisse anderer Personen, welchen gleiche Glaubwürdigkeit, wie den Gerichtspersonen, beizuwohnen schien, gleiches Vorzugsrecht beigelegt werden solle?"

So wurde denn auch in Straffachen bei handhafter That nicht mehr das Gerichtszeugniß als das Entscheidende angesehen. Der Eid des Klägers und seiner Mitschwörer, der ursprünglich nur zur Vermittlung und Ergänzung der eigenen Wahrnehmung des Gerichts gedient hatte, trat allmälig als ein Selbständiges hervor. Man sah erst die Sache so an, als ob der Kläger hier mit dem Gerichte bewiese; unvermerkt gieng damit aber die Kraft des Gerichtszeugnisses auf den Schwur des Anklägers und seiner Mitschwörer über, an welche eben deshalb gesteigerte Anforderungen gemacht wurden. So bereitete sich die Ansicht vor, daß es in diesen Fällen der Beweis der Anklage sei, der dem Vertheidigungsbeweise vorgehe,[2] womit dann umgekehrt die andere Ansicht auf's Genaueste zusammenhieng, daß die Mitschwörer des Klägers nicht bloß seine Beistände seien und ihre Beiziehung nicht bloß zur Form des Verfahrens gehöre, daß vielmehr in dem Inhalte ihrer Aussage der Schwerpunkt liege, und daß daher das Vorzugsrecht des Anklagebeweises eben in diesem Mitbringen von selbst um die Sache wissenden Zeugen begründet sei.

Wie immer, so war auch hier die Reform im bürgerlichen Prozesse vorangegangen, indem man hier schon früher an die Uebertragung der Kraft des Gerichtszeugnisses auf das Privatzeugniß, namentlich das Zeugniß gewisser besonders geeigenschafteter Personen, wie der Mitglieder des Raths, oder einer ausgezeichneten Bürgerklasse, ja wohl aller erbgesessenen Bürger, und endlich aller unbescholtenen Leute sich gewöhnt hatte.[3]

Die Entwicklung gieng aber nur sehr allmälig und nicht ohne

[1] Planck, a. a. O. S. 300.

[2] S. bes. auch das Lüb. Stadtr. Cod. II. art. 47. 85. 88. 93. (Hach, S. 268. 285. 287. 289.)

[3] Näheres bei Planck, S. 308—316.

mancherlei Verwirrung vor sich. Mag auch in vielen Statuten der Grundsatz, daß die Klage mit zwei Zeugen, die aus eigener sinnlicher Wahrnehmung aussagen, jedes Mal den Reinigungseid des Beklagten ausschließe, frühe festgestanden haben,[1] so ist doch selbst bei diesen ein Schwanken im Begriff der Zeugen, unter welche man immer noch auch die vom bloßen Hörensagen rechnete, nicht zu verkennen.[2] Von anderen Stadtrechten giebt aber auch Planck zu, daß sie zwar auch der fortgeschrittenen Rechtsansicht huldigen, dagegen inkonsequenter Weise wieder dem Beklagten den Vorzug geben, wenn dieser mit Gezeugen den Leugnungseid ableisten will (nach Analogie des in Zivilsachen dem Beklagten gestatteten Gegenbeweises mit Zeugen,[3] der aber freilich kein Läugnungs-, sondern ein Einredebeweis war), und daß sie ebendarum auch auf die eigene Sinneswahrnehmung bei den klägerischen Zeugen kein ausdrückliches Gewicht legen.[4]

Mit dieser Verwirrung hängt es offenbar zusammen, wenn nicht selten in Statuten, welche den einfachen Reinigungeid als Regel enthalten, doch wieder ein mit Gezeugen verstärkter Reinigungseid in solchen Fällen gefordert wird, in welchem man schon dem Anklagebeweise nach neuerer Ansicht eine eigenthümliche Kraft beimaß, ohne doch vollständig von den alten Begriffen sich trennen zu können (namentlich also in den Fällen, wo an den alten Requisiten der handhaften That das eine oder andere fehlte).[5] Desgleichen die eigenthümliche Bestimmung mehrerer statutarischen Rechte, welche selbst im Fall des Geständnisses noch Uebersiebnung von Seiten des Anklägers verlangt.[6] Dieselbe erscheint gerade ebenso anomal, wie die, welche das Gleiche für den Fall des Mißlingens des Reinigungseids fordert.[7] In solchen Bestimmungen kündigt sich bereits der Satz des fremden Rechts an, daß der Kläger beweispflichtig sei,[8] — ein Satz, der freilich neben vorwiegend deutschrechtlichen Elementen fremdartig genug aussehen mußte.

[1] Wie dies Planck S. 305—307 vom Hamb. Stadtr. v. 1270 zu zeigen sucht.

[2] Hamb. Stadtr. 1270. VI. 12. (Lappenb. S. 30.) Glosse zum Stadtr. 1497. E. 18. (Lappenb. S. 224.)

[3] Planck, S. 315. 316. Albrecht. II. p. 49. not. 145.

[4] Magdeb. Schöffen. III. 1. dist. 6. 7. Albrecht. I. p. 77. not. 39.

[5] Gosl. Stat. p. 42, 20—28. Vgl. 36, 15—25. Verm. S. Sp. IV. 4, 6. IV. 5, 12. 15. IV. 21. 32 a. (Ortloff.)

[6] Dreyer, Nebenstunden. S. 132.

[7] Beispiel bei Wächter, Beitr. S. 72. Vgl. S. 267.

[8] Vgl. Planck, S. 321—324.

g) Der germanische Antheil in dem gemeinen deutschen Recht.

So gewiß nun aber im statutarischen Rechte des späteren Mittelalters die Anerkennung des Privatzeugnisses als selbständigen Beweismittels immer entschiedener Boden gewinnt, und eben damit ein unläugbarer Abfall von dem einheimischen Rechtsgeiste sich vollzieht, so unrichtig ist es doch, wenn man[1] dies, oder gar die dafür nur vorbereitende Form des Ueberſiebnens als den alleinigen Inhalt der damaligen Rechtsbildung ansieht. Vielmehr liegt in jener Tendenz, das Zeugniß als selbständiges Beweismittel hervorzuheben, nur die eine Seite der Entwicklung, über welcher in der Regel die andere ganz übersehen oder völlig mißverstanden wird. Man meint gewöhnlich, nunmehr sei eben die einheimische Rechtsentwicklung ganz und gar dem eindringenden römischen Rechte zum Opfer geworden; durch das Richten auf Leumund sei man zwar auf gutem Wege gewesen, aber unglücklicher Weise habe sich die deutsche Wissenschaft von der im kanonischen Rechte entdeckten Tendenz zum Geständniß und von dem im römischen Rechte aufgefundenen bequemen Mittel zur Erlangung des Geständnisses, — der Folter, ködern lassen, und so sei das deutsche Recht für die Dauer von Jahrhunderten auf Abwege gerathen u. s. f. u. s. f.[2]

Ganz abgesehen von der schon oben bemerklich gemachten gänzlichen Verkennung des Kerns, und darum auch des Ziels der germanischen Rechsentwicklung, ist jedenfalls schon dies ein völliger Irrthum, daß das deutsche Recht den absoluten Werth des Geständnisses erst von dem kanonischen zu lernen sollte nöthig gehabt haben. Privilegien, wie das von Karl IV. für Windsheim, sind ganz singulär; sie ordneten nur eine vorübergehend entstandene Verwirrung. Aber auch die Folter hat das deutsche Recht keineswegs bloß aus dem römischen aufgenommen,[3] wenn auch die Autorität des letzteren ihre große Verbreitung unfehlbar bestens gefördert hat. Daß das deutsche Recht nunmehr die Richtung auf Erlangung des Geständnisses in sich aufnahm, wofür die Folter als Mittel diente,[4] war keineswegs eine Verläugnung

[1] So Wächter, Beitr. S. 266.

[2] Wächter, S. 75 f.

[3] Biener, Abh. 2. S. 154.

[4] Deren Anknüpfung an den Gedanken des Gottesurtheils dadurch nicht ausgeschlossen wird. S. auch Hauschild, Ger.Verf. S. 193. 194. n. 1. Rintel, Jury. S. 43—45. Biener, Abh. 2. S. 77.

seiner selbst, sondern gerade die schlagendste Bewährung seines ursprünglichsten Wesens, seines subjektiven Grundcharakters. Diese Seite der Entwicklung war die nothwendige Ergänzung zu der bis jetzt besprochenen.

Je mehr die Anerkennung des Zeugnisses als objektiver Wahrheitsgarantie sich geltend machte, um so größer wurde das Bedürfniß, gegen diese Einräumung an das römische Recht wieder ein volksthümliches Gegenwicht zu erhalten, indem man den uralten Grundsatz von der Nothwendigkeit der subjektiven Bewährung des Beweises in der jetzt allein noch möglichen Form hervorhob. In der That war aber von allen Formen des alten Rechts, die hiezu dienten, nach dem Untergange des Gottesurtheils und der Eideshilfe, eben nur noch das Geständniß übrig.[1] Es war nicht möglich gewesen, die volksthümliche Vermittlung beider Seiten des Beweises im Wahrspruch der Geschworenen zur Entwicklung zu bringen; so mußte man sich denn an das halten, was man allein noch hatte. In der That hat denn die Bambergensis jenem uralten Grundbedürfniß des deutschen Rechts den schlagendsten Ausdruck gegeben, indem sie selbst den Zeugenbeweis nicht für völlig hinreichend hielt, sondern auch den durch Zeugen Ueberwiesenen noch auf die Folter werfen ließ.[2] Die Karolina dagegen hat hier, wie anderwärts, das einheimische und das fremde Recht in ihren Ansprüchen auszugleichen sich bestrebt, indem sie die selbstgenugsame Kraft des Zeugenbeweises gelten läßt, dagegen in allen anderen Fällen (den Augenschein, wozu das alte Gerichtszeugniß herabgesunken war, ausgenommen) stets noch durch die Folter das Geständniß zu erwirken vorschreibt.[3] Gleichwohl hat das Reichsgesetz mit dieser Einräumung an das fremde Recht nicht zu verhindern vermocht, daß doch in der Doktrin und Praxis der folgenden Jahrhunderte der Satz: confessio est regina probationum zur siegreichen Entwicklung kam.[4]

Nur das ist allerdings richtig, daß diese Seite der deutschen Rechtsentwicklung an der auf ganz anderem Grunde beruhenden Bevorzugung

[1] Dies übersieht auch Biener a. a. O.

[2] Art. 23. 29. 80. Vgl. Biener, a. a. O. S. 156. Worms. Ref. VI. 2. Tit. 2. Laiensp. Fol. 128.

[3] Art. 22. 69. Biener, S. 157. 158. Laiensp. Fol. 130.

[4] Irrig meint Gundermann S. 48. n. 97, dieser Satz sei aus der italienischen Doktrin aufgenommen, die vielmehr die Verurtheilung auf Indizien zuließ. Biener, Abh. 2. S. 156.

des Geständnisses im kanonischen Rechte, und an der römisch-rechtlichen Folter die bequemsten Anknüpfungspunkte fand. Trotz jenes starken Ueberrests germanischer Grundansicht konnte es denn auch nicht fehlen, daß mit der Zeit der Geist des fremden Rechts sich dieser Fessel entledigte und nach mancherlei Umwegen durch die Emanzipation des Anzeigenbeweises in unsern Tagen den Sieg errang, den freilich Wächter u. A.[1] mit Unrecht als ein Letztes, und gar als ein Volksthümliches (eine Rückkehr zu dem guten Wege, den man vor 400 Jahren betreten gehabt habe) ansehen. Jene Privilegien zum Richten auf Leumund aber, auf welche nach dieser Ansicht soviel Gewicht gelegt wird, sind gar nichts Anderes, als natürliche Ausflüsse der im 14. und 15. Jahrhundert durch das Eindringen des fremden Rechts enstandenen Verwirrung.[2] Sie wurden zunächst nur erbeten und verliehen, um das Ueberstebnen, wo es noch Gebrauch war, namentlich wo es gar noch neben dem Geständnisse vorkam, abzuschaffen und Geständniß und Zeugniß im Sinn des römischen Rechts als für sich genügende Beweismittel zu förmlicher Anerkennung zu bringen.[3] Insoweit waren solche Privilegien also da gar nicht nöthig, wo das statutarische Recht selbst schon an dem alten Werth des Geständnisses festgehalten und das Beweismittel des Privatzeugnisses aus sich selbst entwickelt hatte (wie in Hamburg, Lübeck 2c.). Für solche Rechte wären sie nur dann von Bedeutung gewesen, wenn man wirklich mit Wächter[4] anzunehmen hätte, daß in den gedachten Privilegien insbesondere auch die selbstgenugsame Kraft des Anzeigenbeweises ausgesprochen gewesen sei, da das deutsche Recht für sich allerdings nicht weiter, als bis zur Anerkennung des direkten Zeugenbeweises gekommen war.[5] Allein der Streit darüber, ob in jenen Privilegien wirklich eben nur die Anerkennung des Anzeigenbeweises, oder ob darin die Gestattung, schon auf dringenden Verdacht zu richten,[6] enthalten sei, ist ziemlich unfruchtbar, da jedenfalls die P.G.O. die im Bamb. Stadtrechte niedergelegte Ansicht annahm, daß kein Anzeigen-

[1] S. z. B. strafr. Fragen der Gegenw. S. 41. 42.
[2] S. auch Gundermann, S. 41. 42.
[3] S. die Privilegien bei Wächter, S. 271—276. Dreyer, Nebenst. S. 32—34. Haltaus v. Fäme.
[4] S. 270. 273. Vgl. Zöpfl, Bamb. Recht. S. 145.
[5] Planck, S. 321. n. 248.
[6] Biener, Beitr. S. 138—140.

beweis für sich zur Verurtheilung hinreiche, sondern stets noch durch die Folter auf ein Geständniß gewirkt werden müsse. Diese Ansicht aber und die Anerkennung des Anzeigenbeweises schloßen sich aus, daher man am wenigsten mit Wächter sagen kann, der Uebergang zur Folter sei gerade durch diese Privilegien besonders angebahnt gewesen. Dies war nur dann der Fall, wenn dieselben, ohne alle bestimmte Beziehung auf den Anzeigenbeweis, gerade nur dazu dienen sollten, das Ueberstebnen abzuschaffen und auf die Beweismittel des fremden Rechts überhaupt hinzuführen, wobei es dann darauf ankam, ob man an einem Orte mehr oder minder romanisirte, d. h. auf Leumund hin verurtheilte, oder erst noch folterte.[1] Daß übrigens dabei zunächst an einen auf handhafte That gerichteten Beweis gedacht worden sei, ist nicht anzunehmen, da es sich im Gegentheil darum handelte, den Beweis von den alten Fesseln zu befreien und namentlich auch da zuzulassen, wo die That nicht einmal beschrieen war. Eher könnte man darin eine Rückkehr zu der uralten Idee des Gemeindezeugnisses finden und die Stellung, welche die Gerichte dadurch erhielten, als die einer Jury bezeichnen, die Rüge- und Urtheilsjury zugleich sein sollte, nur daß freilich der Ausdruck dieser Idee ein sehr unvollkommener gewesen wäre. Immer lag aber in dem Richten auf Leumund davon mehr, als in der Trennung von Richtern der That und des Rechts, die Zöpfl im deutschen Mittelalter finden will.[2]

Nach allem Bisherigen kann die Gestaltung, welche das deutsche Beweissystem im 16. Jahrhundert erhielt, ebensowenig als bloße Barbarei angesehen werden, als die damit in Verbindung stehende energischere Geltendmachung des Untersuchungsprinzips.[3] Beide sind vielmehr natürliche Entwicklungsphasen des deutschen Rechts, die aber freilich unter sehr ungünstigen politischen Umständen eintraten und unter noch ungünstigeren sich weiter bildeten. Es ist völlig unrichtig, jenen Wendepunkt als einen völligen Abbruch von der nationalen Entwicklung, als ein gänzliches Preisgeben an das fremde Recht zu bezeichnen. Nicht minder irrig ist es aber, wenigstens in dem Beweisrecht der P.G.O. das nationale Element zu verkennen, weil man sich dadurch gänzlich

[1] Eichhorn, R.G. §. 459. Zöpfl, R.G. II. §. 134. Not. 5, identifizirt den Torturprozeß mit dem Richten auf Leumund ohne Grund.

[2] R.G. II. §. 131. Not. 2.

[3] Laienspiegel f. 119.

unfähig macht, die fernere Entwicklung dieses Beweisrechts, wenn auch ihre Materialien ganz richtig angegeben werden, [1] wahrhaft zu begreifen, und insbesondere die Forderung einer volksthümlichen Reform, wie sie heute sich geltend macht, richtig und ganz zu würdigen. Unläugbar war die Umgestaltung, wie sie im 15. und 16. Jahrhundert im gesammten Strafverfahren erfolgte, von einer beträchtlichen Verwirrung und vieler Willkühr begleitet, [2] da es überall schwer sein mochte, sich in neuen Formen zurechtzufinden, die vom Reichsgesetze vielfach nicht einmal bestimmt aufgestellt, sondern der Praxis zur Ausbildung überlassen waren, welche eben infolge jener Umgestaltung aus den Händen der Volksgerichte in die des gelehrten Juristenstandes übergieng. Das Schlimmste von Allem war die gänzliche Zersplitterung des Reichs in eine Menge kleiner und kleinster Staatsgebiete, in welchen eine alle Betheiligung des Volks immer mehr ausschließende tyrannische Beamtenherrschaft nothwendig wurde, [3] und ebendeshalb der Untersuchungsprozeß diejenige einseitige Gestalt annahm, welche nur an der kanonischen Ketzerinquisition ihres gleichen hatte. Der Druck einer unorganischen Staatsgewalt und eines Beamtenthums, das sich nur als Bedienter fürstlicher Patrimonialherrschaft wußte und benahm, lastete aber auf der Masse des rechtlosen Volks um so schwerer, je prekärer diese Gewalt noch längere Zeit hindurch gegenüber von Adel und Geistlichkeit war, daher denn auch die höheren Stände erst allmälig dem neuen Strafverfahren unterworfen wurden. [4] Unter dem Einflusse dieses einseitig inquisitorischen Geistes wurde denn freilich auch das Beweissystem der P.G.O. zu einer Quelle namenloser Gräuel, [5] namentlich auch der Erfindung eines geistigen Foltersystems, welches das physische überlebt hat. Gleichwohl ist die Sache noch gar nicht aufgefaßt, wenn man sich eben damit begnügt, jenes System ein unsinniges zu nennen, besonders wenn man vergißt, dasjenige hervorzuheben, was wahrhaft den Unsinn daran ausmacht, — nämlich den Widerspruch zwischen Mittel und Zweck.

Es lag, wie schon bemerkt wurde, in der Natur der Sache, daß

[1] J. B. von Biener, Abh. 2. S. 157. 158.

[2] N. Sammlg d. R.A. I. 2. S. 46.

[3] S. die Reskripte Ferdinands II. bei v. Lamberg, d. Krim.Verf. in Bamb. S. 19 u. Beil. E.

[4] Zöpfl, R.G. II. S. 420 unten. Ders. Bamb. R. S. 18. Nr. 55.

[5] Wächter, Beitr. S. 77.

innerhalb des Beweisrechts, wie es die P.G.O. gestaltet hatte, der Geist des fremden Rechts allmälig die Herrschaft zu gewinnen und die Fessel abzuwerfen suchen mußte, die ihm durch den Art. 22 aufgenöthigt worden war. In der That vollendete auch die Wissenschaft, freilich erst nach 200 Jahren, was schon das Reichsgesetz selbst begonnen hatte, — die gänzliche Romanisirung des Beweisrechts; und es fragt sich nun nur, ob man mit den meisten unserer gelehrten Juristen damit die Reform als geschlossen, oder ob man sie erst als begonnen zu betrachten hat? In der That hat die P.G.O. selbst hier schon so sehr vorgearbeitet, daß das Verdienst jener Gelehrten ein ziemlich geringes wäre, wenn sie der Reform kein höheres Ziel stecken, als ihnen (wenigstens noch vor Kurzem) beliebt hat.[1] Die P.G.O. hat die Prozeßform der handhaften That, wie den Verfestungsprozeß (den noch die Bamb. hat) nicht aufgenommen. Sie hat das Beslebnen, wie die Gottesurtheile, als antiquirt betrachtet. Nicht einmal den Reinigungseid hat sie mehr erwähnt, obwohl anzunehmen ist, daß die Praxis, die ihn (freilich im Sinne des kanonischen Rechts modifizirt) beibehielt, dem Gesetze nicht widerstritt. Sie hat den Zeugenbeweis vollständig, den Anzeigenbeweis wenigstens theoretisch aus dem römischen Rechte aufgenommen. Nur in dem Einen Punkte hat sie den Grundcharakter des germanischen Rechts beibehalten, daß sie außer dem Falle des Augenscheins und des Zeugenbeweises das Geständniß als unumgänglich zur Verurtheilung fordert. Es ist klar, daß man, um das Beweisrecht vollständig zu romanisiren, nur eben diesen Punkt zu beseitigen und den Rest von Reinigungseid aus der Praxis vollends zu verbannen hatte. In der That ist man auch endlich im 19. Jahrhundert so weit gekommen. Allein unsere Gelehrten schlagen den Reformtrieb dieses Jahrhunderts wahrlich sehr niedrig an, wenn sie meinen, es könne ihn befriedigen, nur eben da wieder anzukommen, wo nach ihrer Darstellung schon im 14. und 15. Jahrhundert die auf Leumund richtenden Stadt- und Landgerichte angekommen gewesen sein sollen. Ihre Einsicht ist jedoch hinter dem laut ausgesprochenen Bedürfniß des Volks selbst zurückgeblieben. Und, daß dieses vollkommen Recht hat, wird aus der bisherigen Darstellung erhellen.

Die romanisirende Reform des deutschen Beweisrechts, die sich durch die Abschaffung der Folter vollzog, ist allerdings von großem

[1] Wächter, a. a. O. S. 260.

Werthe. Abgesehen nämlich von der Verwerflichkeit des Torturſyſtems überhaupt und ſeinem Zuſammenhang mit dem abſtrakt inquiſitoriſchen, die freie Perſönlichkeit zum bloßen Mittel herabſetzenden Geiſte des bis jetzt herrſchenden Prozeſſes, welches allbekannte Dinge ſind, konnte die Bevorzugung des Geſtändniſſes, wie ſie die Karolina, und noch ſtärker andere Geſetze ihrer Zeit aufnahmen, doch nur als eine formelle Befriedigung des ſubjektiven Prinzips des deutſchen Beweisrechts gelten, weil dieſes ein ſchlechthin freies Geſtändniß verlangt, die Vorausſetzung der Freiheit des Bekenntniſſes aber durch die Zulaſſung der Folter geradezu vernichtet wurde. Zudem waren die übrigen Momente, in welchen jene Forderung der ſubjektiven Bewährung des Beweiſes ihren Ausdruck gefunden hatte, namentlich das Gerichtszeugniß und der Eid der Genoſſen, ganz untergegangen. Wenn gleich, worauf Manche großes Gewicht legen,[1] an mehreren Orten ſich die volksthümliche Beſetzung der Gerichte nebſt den Formen der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit noch lange forterhielt, ſo waren dies doch bloß leere Formen, während der geſammte Inhalt des Prozeſſes den gelehrten Gerichten angehörte nnd insbeſondere im ganzen Beweisverfahren keine Spur von Betheiligung einer freien Gemeinde war. Es hatte mithin daß Geſtändniß allein den Eid der Genoſſen, das Gerichtszeugniß und jede andere mögliche Aeußerung jenes ſubjektiven Prinzips vertreten und erſetzen müſſen; es war daher zu einer Bedeutung aufgeſchraubt, die ihm nach dem germaniſchen Rechte ſelbſt nicht einmal gebührte. Inſofern geſchah es nun ganz mit Recht, daß dieſe Einſeitigkeit aufgehoben und durch Abſchaffung der Folter die Möglichkeit eines freien Geſtändniſſes wieder hergeſtellt oder wenigſtens der Anfang dazu gemacht wurde (denn mit der leiblichen wurde nicht auch die geiſtige Folter abgeſchafft).

Das Reſultat der bisherigen Reform im Beweisrecht iſt nun aber nur die Gleichſtellung des Geſtändniſſes mit den übrigen, auf objektive Wahrheitsgarantie berechneten Beweismitteln (Augenſchein, Zeugniß, Urkunden, Anzeigen) im Sinne des römiſchen Rechts. Inſoweit iſt es entſchieden antigermaniſch. Nach dem Geiſte des deutſchen Rechts muß vielmehr das freigewordene Geſtändniß jenen andern Beweismitteln wieder gerade ſo übergeordnet werden, wie es ihnen in der Bambergenſis übergeordnet war. Da nun aber das Geſtändniß, eben wenn es frei iſt,

[1] S. z. B. Zentner, Geſchworenengerichte. (2te Ausg.) S. 145—176.

nur eine mögliche Weise ist, die Forderung der subjektiven Bewährung der Wahrheit zur Erfüllung zu bringen, so ist klar, daß es eine dem Geständniß nebengeordnete fernere, unter allen Umständen bereite Weise die Erfüllung dieses Bedürfnisses zu befriedigen geben muß. Hier also klafft die große Lücke im deutschen Prozeßrechte, deren Ausfüllung unumgänglich nothwendig ist. Mit vollem Rechte hat aber der Instinkt des Volks, trotz den Abmahnungen seiner gelehrten Vormünder, die Idee des Geschworenengerichts als diejenige ergriffen, auf die in diesem Falle Alles ankomme.

Dieses Recht wird aus dem Folgenden noch klarer hervorgehen; es wird sich aus der Betrachtung des englischen Rechts, sobald man nur nicht am Buchstaben kleben bleibt,[1] ergeben; daß dieses eben nur die vorbildliche, von äußeren Einflüssen ungestörte, Entwicklung des gesammten germanischen Beweisrechts in Strafsachen darstellt, eine Entwicklung, deren Elemente und erste Keime im deutschen und französischen Rechte des Mittelalters gerade ebenso vorlagen, daß mithin das Geschworenengericht dem Geiste nach allerdings ein deutsches Institut ist.

7) Ausbildung des englischen Strafverfahrens.

a) Genesis des Begriffs der Jury.

Da die Materialien bekannt und die Streitfragen vielfach erörtert sind, so wird es genügen, die Darstellung gerade nur auf die Hauptpunkte, worauf es ankommt, zu beschränken und alles Minderwesentliche bei Seite zu lassen. Zu Letzterem rechnen wir aber namentlich die Frage über das bestrittene Paternitätsverhältniß hinsichtlich einzelner Elemente der Jury. Mag sich in Beziehung auf Manches davon ein wirkliches Entlehnen aus skandinavischen Rechten nachweisen lassen oder nicht, wir streiten antiquarischgelehrten Forschungen darüber ihren Werth nicht ab;[2] aber für unentbehrlich zum Verständniß des Geistes des Instituts können wir sie nicht halten. Gewiß ist, daß die verwandten skandinavischen Institute nicht zu der Spitze der Entwicklung durchgedrungen sind, welche das englische erreicht hat. Gewiß ist ferner, daß in allen germanischen Rechten die Elemente liegen, aus deren Verbindung das

[1] Z. B. darauf Gewicht legt, daß die deutschen Schöffen rechtskundig gewesen seien, wie Biener Abh. 2. S. 104. 105. seltsamer Weise thut.

[2] Hierin mit Wilda Verh. d. Germ. in Lübeck einverstanden.

Geschworeneninstitut sich bilden konnte. Ob es wirklich sich da oder dort mehr oder weniger entwickelt hat, ob das englische Recht in diesem oder jenem Punkte von verwandten Rechten geborgt hat, das scheint uns für die Geschichte der Idee des Instituts minder erheblich. Diese hat ihre Wurzel in keiner Zufälligkeit, sondern eben nur im germanischen Volksgeist selbst.[1] Aber nicht dies allein. Sie ist auch in ihrem vollen Ausreifen durch das volle Ausreifen eben dieses germanischen Volksgeists zum freien Staate bedingt. Daraus wird klar, warum diese letzte Blüthe der Entwicklung in den skandinavischen Reichen ausgeblieben ist, warum in Frankreich und in Deutschland eben in demselben Momente, wo der freie Staat in's Leben trat, der Instinkt des Volks zugleich nach dem Geschworenengerichte griff. Darum könnte immerhin Biener[2] mit dem Beweise Recht haben, daß die Einführung der Jury in England nicht mit politischen Elementen zusammenhänge.[3] Nicht minder Recht hat Wilda,[4] wenn er hierin eine müßige historische Bemerkung findet. Denn das Wichtige ist eben dies, daß die Jury sich zu einem integrirenden Theile des freien Staatsorganismus ausgebildet hat und in ihrer Vollendung als die angemessene Form für die Betheiligung des Volks an der Rechtspflege dasteht.[5] Aus diesem Grunde ist und bleibt England das klassische Land der Jury, wobei nur noch zu bemerken, daß die breitgetretene Unterscheidung des rechtlichen und politischen Werths derselben eben auch zu den überflüssigen und für jeden gesunden Sinn, dem beides untrennbar ist, lächerlichen Belustigungen des Scharfsinns unserer gelehrten Jurisprudenz gehört.[6]

Von der größten Wichtigkeit für die richtige Einsicht in das Wesen der Jury ist es nun vor allem, daß neuerdings der allein richtige Gesichtspunkt, den Schlüssel dazu im Kern der Beweisfrage[7] zu suchen,

[1] S. besonders Gundermann, S. 2.

[2] Mit ihm Mittermaier, Verh. d. Germ. in Lübeck. S. 69. Wilda, eb. S. 259.

[3] S. aber auch v. Steman, S. 1—14.

[4] a. a. O. S. 259.

[5] Feuerbach, Geschw.Ger. S. 54—76. Warum die „ruhige Hochachtung," die deshalb die Engländer der Jury zollen, in Deutschland nicht möglich sein sollte (Biener, Abh. 2. S. 114), ist nicht abzusehen.

[6] Wobei übrigens Feuerbach von den Vielen, die ihm bis in die neueste Zeit nachgeschrieben haben, wohl zu unterscheiden ist.

[7] S. meine verschiedenen o. a. Artikel in verschiedenen Zeitschriften.

— worauf der Verfasser stets hingewiesen hat — immer mehr Boden gewinnt. Wie zu erwarten war, hat Biener[1] seine überraschende, an Dahlmann gemachte, Einräumung wieder fallen lassen. Denn in der That war der von letzterem aufgestellte „Wegweiser“[2] ein Irrweiser, da er sich lediglich durch äußerliche Momente bestimmen ließ, die Wurzel der Jury in den norwegischen Zwölfergerichten zu suchen. Wilda[3] und Michelsen[4] haben zur Genüge den darin liegenden Irrthum aufgedeckt. Die Jury ist allerdings mit der Zeit zu einem Gericht über die Thatfrage geworden (was nun seinerseits Michelsen[5] mit Unrecht gegen Steman[6]) bestreitet, aber in ihrem Ursprung ist sie nichts, als ein Beweismittel, und daher jede Erklärung, die sie irgendwie — ganz oder theilweise — aus Urtheilern entstehen lassen will,[7] schlechthin falsch. Mit den germanischen Volksgerichten hat sie so wenig etwas zu schaffen, als mit den Schöffengerichten. Sie hat mit ihnen nur das allgemeine germanische Grundbedürfniß, in der Rechtspflege volksthümliche Elemente zu haben, gemein, keineswegs aber steht sie mit ihnen in irgend einem spezifischen Zusammenhang, und jede Fiktion eines solchen dient nur dazu, die richtige Erkenntniß ihres Wesens von vorn herein zu verhindern. Ja, dies ist so wahr, daß man im Gegentheil sagen muß, das germanische Gericht (aus der Gemeinde oder bloßen Schöffen bestehend) und die Jury seien Begriffe, die sich relativ abstoßen, wenn gleich auch wieder gegenseitig fordern. Gehört es nämlich zum vollen Wesen eines Gerichts, beides, die That — und die Rechtsfrage zu entscheiden,[8] so erfüllte das germanische Gericht in allen Fällen, wo es auf Beweis ankam, (d. h. wo nicht Gerichtszeugniß vorlag) diese Forderung nur zur Hälfte, indem es nur die Rechtsfrage entschied, die Entscheidung der Thatfrage aber im Resultat des Beweisverfahrens als

[1] Abh. 2. S. 124 f. 147. n. 41. Vgl. Zeitschr. f. deutsch. R. XI. S. 56 f.

[2] Zeitschr. f. deutsch. R. X. S. 193. 201. 202.

[3] Verh. d. Germ. z. Lübeck. S. 249 f.

[4] Genesis der Jury. S. 5 f. Vgl. Schlyter, ib. cit.

[5] Vgl. auch Rintel, S. 30 f.

[6] Vgl. v. Savigny, Gesch. d. röm. Rechts im Mittelalter. I. 216.

[7] Leue, das deutsche Schöffengericht. Reynolds, de vera jud. jurat. origine. Philipps, engl. R.G. II. 277 f. Grimm, R.A. S. 956.

[8] Ganz AM. ist freilich Rintel, daher ihm die Jury stets Beweismittel bleibt. S. dagegen Biener, Abh. 2. S. 119.

ein Fertiges angenommen wurde.[1] Sollte also das germanische Gericht auf nationalem Wege sich zum vollen Begriff eines Gerichts ergänzen, so konnte dies offenbar nur dadurch geschehen, daß die Entscheidung der Thatfrage allmälig aus dem Beweisverfahren heraufgehoben und zu einer richterlichen Funktion erst gemacht wurde, die aber natürlich nicht demselben Organe zufallen konnte, dem die Entscheidung der Rechtsfrage zukam. Aus dem Beweisverfahren heraus mußte sich also ein solches Organ bilden, welches fähig war, später dem Gerichte zur Seite zu treten und dasselbe zu ergänzen. Wie aber schon von Anfang an im Gerichtszeugnisse beides, Entscheidung der That- und der Rechtsfrage, verbunden war, so kann man diesen ganzen Entwicklungsgang als eine Selbstentwicklung der schon ursprünglich beides enthaltenden Idee des germanischen Gerichts ansehen, — und darin läge dann die relative Berechtigung der von Reynolds, Philipps u. A. aufgestellten Theorieen.[2] Nur freilich kommt sogleich die Einsicht dazu, daß diese Selbstentwicklung sich eben nur durch jene Trennung der Funktionen des Gerichts und des zu seiner Ergänzung bestimmten eigenthümlichen Organs, welches seine Wurzel im Beweisverfahren haben mußte, vollziehen konnte. Dieses Organ ist eben die Jury, und in dem Gesagten ihr geschichtlicher Beruf angegeben.

Es genügt jedoch nicht, dieses erste Hinderniß hinwegzuräumen, welches in dem falschen Bestreben liegt, die Jury aus dem Gerichte abzuleiten. Auch für diejenigen, welche den richtigen Anknüpfungspunkt für sie im Beweisverfahren suchen, liegt eine andere Gefahr nahe, von der schon oben bei Erwähnung der Ansicht von v. Daniels die Rede war. Da nämlich die Geschichte der Jury eine sehr lange, durch vielerlei Phasen hindurchgegangene Entwicklung ist,[3] so kann es geschehen und geschieht in der That sehr oft (besonders von den Liebhabern der antiquarischen Untersuchungen), daß man schon die Anfänge oder wenigstens die noch unreifen Gestaltungen des Instituts Jury nennt und daher diesen Begriff, mit dem man doch nur das ausgereifte Institut bezeichnen sollte, in ein vielfach schiefes Licht bringt. Dies ist aber um so ver-

[1] Vgl. die treffende Ausführung von Michelsen, S. 5.

[2] Dies wird auch von Gundermann übersehen. Vgl. v. Steman, S. 198—201, dessen Bedenken durch das Gesagte ihre Erledigung finden.

[3] Dahlmann, a. a. O. S. 186. Meyer, Esprit, origine et progrès des instit. jud. II. 171.

wirrender, da gerade die praktische Bedeutung des Instituts nur in dem liegt, was es nach verschiedenen Schicksalen und unter dem Zusammenwirken sehr verschiedener Bedingungen zuletzt geworden ist.[1] An diesem Mißstande leidet insbesondere auch die sonst so dankenswerthe Ausführung Michelsens. Ueber dem Vergnügen, womit man eine Jurysammlung aus verschiedenen Ländern anlegt, vergißt man gar zu gern, daß alle diese Exemplare doch noch sehr wesentlich von dem Kabinetsstück verschieden sind, um dessenwillen allein die Aufmerksamkeit auch auf jene Vorstufen sich ausdehnt. Auffallend ist, daß auch Biener[2] sich abermals hat verleiten lassen, diesem neuen Irrwege wenigstens theilweise zu folgen, indem er als eine gänzliche Veränderung in der Natur des Instituts bezeichnet, was doch nur gerade seine Vollendung war.

Ist nun aber die Jury nichts auf einmal Entstandenes oder Eingeführtes, sondern etwas langsam, durch das Zusammenwirken vieler und verschiedener Bedingungen Gewordenes, so erscheint auch das als ein unfruchtbarer Streit, ob sie angelsächsischen oder normännischen Ursprungs sei. Ihre Wurzeln liegen in beiden Perioden der englischen Geschichte.

Nur muß man vor Allem die Jury nicht als Zwölfergericht in der angelsächsischen Zeit suchen wollen, wie es denn überhaupt nicht gerathen ist, auf die Zwölfzahl derlei bestimmte Schlüsse zu bauen, da sie bei allen germanischen Stämmen für die verschiedensten Gerichtsinstitutionen, Dingzeugen, Urtheiler, Eidhelfer, Geschworene ꝛc. als Grundzahl vorkommt.[3] Ueber die bekannten Stellen, aus welchen man den Schluß hat ziehen wollen, herrschen bekanntlich die verschiedensten Ansichten. In den 12 Männern der Leg. Aethelr. Conc. Wanet. §. 6. sehen die einen schon die Urtheilsjury,[4] Andere nur eine Rügejury,[5] noch Andere Schöffen,[6] und wieder Andere geschworene Zeugen.[7]

[1] S. besonders Wilda a. a. O.

[2] Abh. 2. S. 127.

[3] Waitz, Verf.Gesch. I. S. 275 f. Wilda, S. 252. Gundermann, S. 11. Not. 20.

[4] So z. B. Michelsen vgl. schon Edw. Coke u. Spelman.

[5] So Gundermann, S. 17.

[6] Phillipps, engl. R.G. II. S. 66 f.

[7] Biener, Beitr. S. 244.

Das Verständniß wird daher wohl kaum gefördert, wenn man fortfährt, von solchen einzelnen Stellen den Ausgangspunkt zu nehmen.

Wir kehren zu dem Grundgedanken des germanischen Beweisrechts zurück, daß die Hauptsache die Gewissensüberzeugung über Schuld oder Unschuld des Angeklagten sei. Denn, so richtig die Bemerkung von Wilda[1] ist, daß sicherlich den Prozeßinstitutionen aller Völker, auch der rohen, das Streben nach der materiellen Wahrheit zu Grunde liege, so genügt sie doch nicht, um den Grundcharakter gerade des germanischen Rechts zu bezeichnen. Gewiß muß „Vertrauen zu dem Gesammteide und zu den Gottesurtheilen geherrscht haben." Aber nicht nur dies: sondern diese Beweismittel zeigen, daß die Germanen eben nur zu solcher direkt die Gewissensüberzeugung bestimmenden Beweisführung vorzügliches Vertrauen hatten. Dabei darf jedoch nie außer Acht gelassen werden, daß das germanische Recht eine Beweisführung überall nur eintreten ließ, wo nicht Gerichtszeugniß, d. h. unmittelbare oder mehr oder minder vermittelte eigene Wahrnehmung der zum Gericht versammelten Gemeinde vorlag. Wenn nun das Gerichtszeugniß diese Bedeutung hatte, so mußte es das Ideal aller Beweisführung sein, ihr Resultat dem Eindrucke des Gerichtszeugnisses möglichst anzunähern. In der ältesten Zeit konnte hiefür der Gesammteid und das Gottesurtheil ausreichen; aber freilich auch nur, solange die ursprüngliche Grundlage des Eidhelferinstituts in der Verfassung des Gemeinwesens und solange der Glaube an das Gottesurtheil nicht erschüttert war. Sobald dies geschah, mußten weitere Bildungen im Beweisrechte versucht werden, um jenes Ideal auf andere Weise zu erreichen. Wie unmittelbar dies in der Entwicklung des ganz um den Begriff der handhaften That sich gruppirenden deutschen Rechts hervortrat, ist oben gezeigt worden. Auch im englischen Rechte ist aber, nur auf vermitteltere Weise, dasselbe geschehen. Jedenfalls hat es seine älteste Gestalt ganz mit dem Rechte des germanischen Festlands gemein, mit der einzigen Ausnahme, daß der Zweikampf bei den Angelsachsen entweder gar nicht üblich gewesen oder[2] doch frühe, vielleicht unter dem Einflusse der christlichen Kirche verdrängt worden zu sein scheint. Wenn also die Eigenthümlichkeit der skandinavischen Rechte (nach der Darstellung von Michelsen[3] wenigstens des isländischen

[1] S. 257.

[2] Lappenberg, Gesch. v. England. I. S. 96. 97. Wilda, v. Ordalien.

[3] S. 110—116. Vgl. Biener, Abh. 2. S. 124. 146. 147.

und norwegischen Rechts) darin bestehen sollte, daß dort das Institut der Ernannten der Zeit nach das frühere, dagegen Eidhilfe und Gottesurtheil erst später eingeführt worden wäre, so erscheint die Zusammenstellung des angelsächsischen Rechts mit dem skandinavischen um so sonderbarer. Aber freilich ist es noch die Frage, ob jene Darstellung richtig ist? [1]

Daß jener Grundgedanke des germanischen Beweisrechts objektive Wahrheitsgarantieen durchaus nicht ausschloß, wenn gleich es dieselben nicht als zureichend gelten lassen konnte, wurde gleichfalls schon oben ausgeführt. Immerhin standen sie gegenüber den subjektiven auf's Allerentschiedenste im Hintergrund. Aber der Verlauf der Entwicklung mußte dazu führen, sie zu größerer Anerkennung zu bringen. Auch dies hat die englische Geschichte mit der des germanischen Festlands gemein. Das Bedürfniß wurde nur auf andere Art erfüllt. Das Mittel der Befriedigung aber war in England kein diesem Staate eigenthümliches; es war aber auch kein anglo-skandinavisches, sondern es war in seinem Ursprung ein allgemein germanisches, wenn gleich seine Entwicklung nicht in allen germanischen Ländern gleichweit gedieh. Am frühsten wurde sie auf dem germanischen Festlande abgeschnitten; aber auch in den skandinavischen Reichen hat sie ihre völlige Reife nicht erreicht, am meisten noch im dänischen Rechte. [2] Hier, wie im deutschen und französischen Rechte, hat die volksthümliche Entwicklung dem siegreichen Einflusse des römischen und des kanonischen Rechts weichen müssen; die Eidhelfer sind gänzlich untergegangen und das materielle Zeugniß ist als für sich genügendes Beweismittel anerkannt worden.

Konnte nun gerade dies niemals das Resultat einer volksthümlichen Weiterbildung des Beweisrechts werden, so ist klar, daß diese nur in einer Vermittlung der Eideshilfe mit dem materiellen Zeugnisse, und zwar mit Vorwiegen des ersteren Moments, bestehen konnte. Der reifste Ausdruck dieser Vermittlung ist denn auch in der That das Institut des Geschworenengerichts. Aber die Anfänge der Bildung liegen schon in den Volksrechten, in den festländischen, wie in den angelsächsischen; und hier eben ist es, wo wir an den oben erörterten Bestimmungen des karolingischen Rechts wieder anknüpfen können, und wo die relative Berechtigung der von v. Daniels ausgeführten Ansicht liegt.

[1] Wilda, S. 260.

[2] S. besonders die Darstellung von Michelsen, S. 38 f. 185 f.

Nun stand im ältesten Rechte die Sache so: die Bedeutung des Zeugnisses war eine sehr geringe, die der Eideshilfe die weithin überwiegende. Sollte also eine Vermittlung möglich werden, so mußte einerseits das Zeugniß erleichtert, seine Fälle vervielfältigt, seine Erfordernisse minder streng gemacht, — und andrerseits mußte dem alles überwuchernden Gebrauch des Eides ein Damm gesetzt werden.

Zum Wenigsten wird man mit Wilda[1] sagen können, Fälle, wo bloß durch Zeugen habe bewiesen werden können, haben im altgermanischen Rechte nur zu den Ausnahmen gehört. Auch da, wo es anerkannt war, wie in mehreren Gildestatuten,[2] darf man sich aber wohl unter diesem Zeugniß keineswegs immer ein Zeugniß im strengen Sinne denken, am wenigsten in peinlichen Sachen. Denn gerade das Erforderniß der Gildebrüderschaft zeigt, daß bei solchen Zeugen weniger an eine Aussage aus eigener Wahrnehmung, als an ein persönliches Einstehen für die Wahrheit der Behauptung der Parthie gedacht wurde,[3] daher denn auch in andern Stellen gegen die durch zwei Gildegenossen als Zeugen unterstützte Klage der Reinigungseid mit Eideshelfern zugelassen wird. Abgesehen aber von solchen jedenfalls vereinzelten Ausnahmen, ist es wohl überhaupt unzulässig, dem altgermanischen Rechte auch in den Fällen, wo Zeugen, die sich von Eidhelfern unterscheiden lassen, den Begriff des Zeugnisses im römischen Sinn unterzulegen. Dies liegt schon darin, daß die Eigenschaft eines Zeugen durch das Ebenbürtigkeitsprinzip bestimmt ist; denn dadurch wurde jedenfalls der Gebrauch des Zeugnisses aus eigener Wahrnehmung außerordentlich beschränkt. Allein eben in dieser Beschränkung liegt wohl der Grund, warum man es andrerseits mit dem Erfordernisse der eigenen Wahrnehmung minder streng nahm und unter die Zeugen auch solche zählte, welche den fraglichen Vorfall selbst nicht, sondern etwa nur seine hinterlassenen Folgen wahrgenommen hatten,[4] wodurch denn freilich die Grenze zwischen solchen Zeugen und bloßen Eidhelfern sehr unbestimmt wurde.

[1] S. 254.

[2] K. Knuds Gildeschrae bei Ancher, III. 218. Art. 5. 12. 23. 35. 38. 39. Vgl. K. Knuds Witherlagsrecht bei Kolderup-Rosenvinge, Grundriß. §. 73. c. cit.

[3] Vgl. die angef. Gildeschrae Art. 10. 14.

[4] S. die Beispiele bei Rogge §. 22. und bei Kolderup-Rosenvinge §. 77. d.

In bürgerlichen Rechtssachen war nun natürlich selbst unter der Beschränkung durch das Ebenbürtigkeitsprinzip ein wirkliches Zeugniß von Hören und Sehen leichter und öfter möglich, da man bei Abschließung von Rechtsgeschäften Genossen als Zeugen eigens zuziehen konnte,[1] bei Grundeigenthumsstreitigkeiten unter den Markgenossen wohl meist wirkliche Zeugen zu finden waren,[2] und auch bei Fragen des Personen- und Familienrechts immerhin häufig Fälle vorkommen mußten,[3] wo von ebenbürtigen Genossen über den wirklichen Sachverhalt Auskunft ertheilt werden konnte. Allein auch hier ist es sehr zweifelhaft, ob auf die Wissenschaft aus eigener Wahrnehmung streng gehalten wurde, ob man sich nicht mit einer allgemeineren, auch anderswoher geschöpften Wissenschaft begnügte und das Gewicht der Persönlichkeit des zeugenden Genossen entscheiden ließ. In peinlichen Sachen kann es gar nicht anders sein, als daß man den Begriff des Zeugnisses in einem solchen weiteren Sinne nahm.[4] Eben darin liegt aber wieder der Grund, warum man eine Anfechtung eines solchen Zeugnisses zulassen mußte oder vielmehr, warum man einem solchen Zeugnisse nur die Kraft einräumte, die Gegenpartie zu einem stärkeren Beweise zu zwingen.[5] Bedenkt man nun dies, daß, zum Wenigsten in der Regel, ein Zeugniß die Gegenparthie von dem Versuch eines Gottesurtheils, oder auch nur eines verstärkten Gesammteides nicht ausschloß, so liegt es nahe, das Privatzeugniß überhaupt dem altgermanischen Prozeßrechte als wahres Beweismittel abzusprechen und die Fälle, in denen es ausnahmsweise als genügendes Motiv für die Entscheidung vorkommt, als Nachbildungen der Idee des Gerichts- oder Gemeindezeugnisses aufzufassen. Unbedenklich scheint dies bei den Nachbarzeugen[6] und den Zeugen prozeßualischer Handlungen[7] angenommen werden zu dürfen, und nur bei diesen zunächst hatte daher auch wohl das Zeugniß die Kraft eines richterlichen

[1] L. Rip. 48. 60. c. 1. L. Baj. T. 15. c. 2. §. 1. c. 13. T. 16. c. 2. L. Burg. T. 60. c. 1. L. Alam. T. 94. Michelsen, S. 87.

[2] L. Baj. T. 16. c. 1. §. 2. L. Sax. T. 5. c. 3. L. Burg. T. 49. c. 3.

[3] L. Alam. T. 92.

[4] S. die Stellen bei Rogge §. 22. und bei Kolderup-Rosenvinge §. 77. d.

[5] L. Baj. T. 16. c. 1. §. 2. L. Burg. T. 80. c. 2. Stellen bei Kolderup-Rosenvinge, §. 73. f. §. 76. e. §. 77 b.

[6] Rogge, S. 99. 100. 127. 225.

[7] v. Daniels, S. 53. n. 1. und Stellen bei Rogge, §. 21.

Urtheils über die Thatfrage.[1] Dasselbe konnte aber auch sehr wohl auf erwählte Geschäftszeugen übergetragen werden, sofern man sie als Repräsentanten der Gemeinde für den betreffenden Akt betrachtete, welcher Gedanke denn in der Errichtung des Instituts der von der öffentlichen Gewalt ernannten Geschäftszeugen seinen angemessenen Ausdruck fand. Auch die Zeugen in Strafsachen hiengen mit dem Gerichtszeugniß zusammen, das hier die Form der handhaften That hatte; sie dienten zur Ergänzung der leiblichen Beweisung, und waren daher auch in Fällen, wo es an den vollen Erfordernissen der Handhaftigkeit fehlte, immerhin insoweit von Gewicht, daß ihnen gegenüber ein stärkerer Beweis gebraucht werden mußte. Nur freilich war es wohl hier ganz besonders, daß die Begriffe von Zeugen und Eidhelfern in einander liefen; denn solche, welche eben nur ein Geschrei gehört, einen Fliehenden gesehen, Wunden besichtigt hatten u. dgl., konnten doch nur sehr uneigentlich Zeugen der That heißen; auch sie unterstützten eigentlich doch nur die Behauptung der Parthie, machten sie schwerer in's Gewicht fallen; sie erschienen eben nur als besonders qualifizirte Eidhelfer.

Gerade aber das Institut der gewählten und herbeigerufenen Zeugen ist doch immer als ein Fortschritt zur Anerkennung objektiver Wahrheitsgarantie zu bezeichnen. Die Kraft des Gemeindezeugnisses wurde allmälig auf andere Fälle übertragen, in welchen man auch bloße Privatzeugen wenigstens als Repräsentanten der Gemeinde, als vorläufige Stellvertreter derselben betrachten konnte. In der Natur der Sache lag es freilich, daß dies bei bürgerlichen Rechtsgeschäften leichter und wirksamer zu bewerkstelligen war; aber auch in Strafsachen darf man es nicht gering anschlagen, daß nicht allein behufs der Bestärkung des Unschuldseides, sondern auch zur Verstärkung des Klageides die Zuziehung von Besichtigern der frischen Spuren der That gestattet oder vorgeschrieben wurde,[2] so weit entfernt man auch damit noch von einer wirklichen Anerkennung des Privatzeugnisses war. Wie nun diese Anfänge der Anerkennung des Privatzeugnisses gerade nur als Nachbildungen des Gemeindezeugnisses zu betrachten sind, das ergiebt sich am besten aus der Einrichtung der obrigkeitlich ernannten Zeugen für bürgerliche Rechtssachen, wie wir sie in England ebensowohl, als im fränki-

[1] Rogge, S. 123.

[2] Ueber schwedisches und isländisches Recht s. Michelsen, S. 33. 80. 81, über ditmarsisches eb. S. 140. 141.

schen Reiche und in den nordischen Ländern finden. Diese formelle Rückkehr zur Idee des Gemeindezeugnisses wurde aber gerade höchst wichtig für die analogen Bildungen im Strafverfahren, soweit sich nur eben die Elemente dazu erhielten, was nun freilich im fränkischen Reiche nicht der Fall war. So sehen wir also den Begriff des Gerichtszeugnisses, in dessen Form ursprünglich allein das Zeugniß wirksam ist, sich erweitern und erleichtern. Es wird auch auf sinnliche Wahrnehmungen, die außerhalb des Gerichts gemacht sind, mehr oder minder, hie und da sogar entscheidendes Gewicht gelegt. Die Zuziehung von Zeugen wird in manchen Fällen vortheilhaft, und, wenn sie dann auch keineswegs immer die andere Parthie vom Beweis ausschließt, so ist sie andrerseits wieder dadurch erleichtert, daß an die Zeugen keine strengen Anforderungen gemacht werden, so daß sie, namentlich in Strafsachen, von bloßen Eidhelfern sich nur wenig unterscheiden. Das Zeugniß hörte auf, ein bloßes Attribut des Gerichts, der Gemeinde zu sein, und wurde allmälig ein Beweismittel der Partheien, wie es die Eideshilfe war, der es denn auch bei mehreren Stämmen in der Form sich ganz assimilirte.[1]

Wie nun aber das Zeugniß der Eideshilfe sich näherte, so geschah andrerseits auch das Umgekehrte. Nicht bloß der Mißbrauch des Eides, wie Viele es darstellen,[2] sondern vornämlich die Erschütterung der ursprünglichen Grundlage des Eidhelferinstituts trieb zu einer Umbildung desselben, der wir gleichmäßig in allen germanischen Rechten begegnen. Das unmittelbare Motiv zu dieser Umbildung war wohl allerdings die eben hieraus hervorgegangene Erschütterung des Vertrauens auf die Glaubwürdigkeit des Eidhelferbeweises in seiner ursprünglichen Form. Wenn man nun dieses Vertrauen durch Erhöhung der Feierlichkeit der Eidesleistung (mit Waffen, in der Kirche, auf Reliquien, am Orte des Verbrechens ꝛc.[3]) zu stützen suchte, so ist darauf wenig Gewicht zu legen, da dieses Mittel für den Zweck nicht ausreichend sein konnte. Viel wichtiger war die Vermehrung der Zahl der Eideshelfer und die veränderten Vorschriften über die Auswahl derselben. Beides gieng

[1] Z. B. L. Rip. T. 32. c. 2. 3. Rogge, S. 122. Vgl. noch sächs. L.R. III. 88. §. 3. Richtst. L.R. 32. 35. Magd. Schöff. III. 9. dist. 5. Gundermann, S. 14. n. 27.

[2] v. Daniels, S. 8.

[3] L. Rip. T. 68. §. 1. T. 72. §. 1. L. Baj. T. I. c. 3. §. 1—3. L. Alam. VII. 7.

sichtlich aus dem Bestreben hervor, den Gesammteid auf andere Grundlagen zu bringen. Denn, wenn **72** oder **80** oder noch mehr Eidhelfer vorgeschrieben werden,[1] so reichte doch wohl die Familie (denn an das Geschlecht ist in dieser späteren Zeit überhaupt nicht mehr zu denken) hiefür nicht mehr zu; es wurde also der Familienverbindung die Orts- oder gar die Volksgenossenschaft überhaupt untergeschoben. Da aber auch diese quantitative Aushilfe nur darin ihre Bedeutung hatte, daß sie zu einer qualitativen führte, so ist letztere, die in der veränderten Bestellung der Eidhelfer lag, unstreitig die wichtigere.[2] Es sollten nämlich die Mitschwörer ganz oder theilweise von der Gegenparthie oder von dem Richter ernannt werden (nominati, electi, advocati). Freilich ist hierüber im Einzelnen viel Streit. Die einen verstehen unter den nominati die von der Gegenparthie ernannten, unter den electi oder advocati die von der schwörenden Parthie aus jener oder zu diesen hinzugewählten.[3] Andere ebenso, nur daß sie unter den nominati auch die vom Richter ernannten verstehen.[4] Wieder Andere begreifen unter den nominati nur die vom Richter ernannten, unter den electi die selbst gewählten. Noch Andere sagen, nominati seien die von einer Parthei ernannten, dagegen hätten die electi eine auserwählte Klasse bevorzugten Glauben genießender Männer aus der Rechtsgenossenschaft gebildet[5] u. s. f. Diese Ansichten können wohl theilweise neben einander richtig sein. Die Sache bleibt dieselbe. Denn immer kommt es darauf hinaus,[6] dem Gesammteid eine größere Garantie der Zuverlässigkeit dadurch zu geben, daß man die Stellung der Mitschwörer nicht mehr dem Beklagten allein überließ. Im Uebrigen konnte man sie nun ganz oder theilweise durch den Gegner bestimmen lassen, und zwar entweder so, daß die schwörende Parthie gar keine, oder daß sie aus

[1] L. Rip. T. 11. 12. 15—18. L. Alam. T. 76. (77.) Addit. 23. In Ditmarschen kommen 360 Eidschwörer vor. Michelsen, Gen. d. Jury. S. 136 — 138.

[2] L. Alam. T. 6. §. 2. T. 24. 28. 53. L. Baj. T. 1. c. 6. §. 2. Ed. Rothar. 109. L. Aethelstan. I. 9. L. Guil. Conqu. 15. 16. 17. L. Henr. I. 66. Frid. I. Imp. Priv. Ratisp. a. 1230. K. Ludwigs Rechtsb. c. 188. Rechtsb. Ruprechts v. Freising, II. 94.

[3] Rogge, S. 169 f. Waitz, Recht der Salier. S. 172.

[4] Michelsen, S. 169. 170. v. Maurer, die Freipflege S. 49. 50.

[5] v. Daniels, S. 15. Vgl. auch Pardessus, Loi Sal. p. 627 f.

[6] Wilda, S. 252. 253.

den von jenem Bestimmten zu wählen oder zu diesen hinzuzuwählen hatte; oder man konnte sie ganz oder theilweise vom Richter ernennen lassen; oder man konnte verlangen, daß sie vom Sachführer, oder von ihm in Verbindung mit dem Gegner aus solchen Personen, welche die Bürgschaft besonderer Glaubwürdigkeit darboten oder denen eine besondere Bekanntschaft mit den Verhältnissen, worüber geschworen werden sollte, zuzutrauen war,[1] ganz oder theilweise gewählt werden sollten. Die wichtigsten Momente sind hiebei einestheils die Anordnung einer gemeinschaftlichen Stellung der Mitschwörer durch beide Partheien, des **Küreids**, — anderntheils die Beschränkung der Wahl auf gewisse Personenklassen, die irgend welche besondere Garantie darboten. Durch ersteres wurde nämlich das Beweismittel beiden Partheien gemeinschaftlich; durch Letzteres wurden die Eidhelfer den Zeugen genähert. Denn es lag ja in der That nahe genug, die Wahl ganz oder theilweise gerade auf solche Personen zu beschränken, denen eine materielle Kenntniß vom Gegenstande des Streites zugetraut werden konnte. Die Eidhelfer hörten auf diese Weise jedenfalls auf, reine Anhängsel der Parthei zu sein. Wenn sie aber dies nicht mehr waren, wenn sie ein beiden Partheien gemeinschaftliches Beweismittel, ja ein vom Gericht nach bestimmten auf die Sache bezüglichen Rücksichten bestelltes Beweismittel wurden, so hatte das Institut seine alte Bedeutung größtentheils bereits verloren; es war in eine neue Phase getreten, in welcher weitere Veränderungen sehr nahe lagen. Geblieben war den Eidhelfern nur dies, daß sie darauf beschränkt waren, mit ihrem Sachführer zu schwören oder den Mitschwur zu verweigern, nicht aber gegen ihn schwören durften. Allein diese Beschränkung stand in offenbarem Widerspruch mit der neuen Art ihrer Bestellung; eine weitere Entwicklung mußte daher folgerecht auf die Aufhebung dieses Widerspruchs führen. Nur freilich konnte dies nicht auf die einfache Weise geschehen, wie sich Rogge die Sache vorstellt.[2] Wilda dagegen bemerkt sehr richtig, das Institut der Eidhelfer habe durch jene Veränderung eine Richtung angenommen, die es dem Geschworenen-Institute sehr genähert habe. Nur hat er Unrecht, wenn er glaubt, es habe letzteres ersetzen können oder gar wirklich ersetzt, indem

[1] Dahin gehören die Kionsneffen. Kolderup-Rosenvinge, D. de usu juramenti. II. p. 168, was Rogge S. 172 mit Unrecht generalisirt.

[2] §. 44. S. dagegen Dahlmann, Gesch. v. Dänemark. III. S. 35. Not. 3. Gundermann, S. 37. Not. 75.

es seine Entwicklung, seine Verbreitung gehindert habe.[1] Im Gegentheil war jene Gestaltung des Eidhelferinstituts ein nächster Schritt zum Geschworeneninstitute, und, wo der weitere Schritt nicht erfolgte, liegt nicht an ihr die Schuld, sondern darin, daß es an andern Bedingungen des Fortschritts gebrach. Was namentlich das germanische Festland betrifft, so ist schon oben gezeigt, daß sich hier zwar die nominati et electi finden, daß das karolingische Recht sogar bis zur nominatio der commanentes, veraciores, probiores etc. von Obrigkeitswegen wenigstens in bürgerlichen Rechtssachen vorangieng, daß aber an diesem Punkte ein Stillstand eintrat, und die letztere Bestimmung nur in der Normandie sich forterhielt, während im deutschen und französischen Rechte ein Rückschritt erfolgte. Wenn es richtig ist,[2] daß in Norwegen und Island das Institut der Quidar, d. h. unter Mitwirkung der Partheien ernannter Nachbarn zur Klarstellung der Thatfrage untergegangen und dem Reinigungseide mit Eidhelfern gewichen ist, was übrigens noch dahin gestellt bleiben muß, so gilt dasselbe von diesen Instituten, d. h. daß es ihnen nicht gelungen ist, zur Reife zu kommen, und zwar nicht einmal in dem Maße, wie es in Schweden und Dänemark der Fall war.

War nun die Sache soweit gediehen, d. h. war einerseits das Privatzeugniß als Mittel zur Unterstützung der Behauptungen der Parthieen zugelassen und andrerseits das Eidhelferinstitut auf jene neue Grundlage gestellt, worin sich das Streben nach Erlangung einer objektiven Wahrheitsgarantie ausspricht, so lag es nahe, den oben bemerkten Widerspruch dadurch zu beseitigen, daß man die Eidhelfer mit den Zeugen verschmolz. Denn Zeugen sind gerade das Beweismittel, welches, ohne seine Natur zu verläugnen, ebensowohl gegen, als für den ausfallen kann, welcher sich darauf beruft. Eine solche Verschmelzung war aber sehr leicht und sehr natürlich, wenn einmal die Eidhelfer bereits nominati et electi, und wenn sie es namentlich in dem Sinne waren, daß sie ganz oder theilweise aus solchen Personen genommen werden mußten, denen man eine Wissenschaft um das im Streite vorliegende faktische Verhältniß zutraute. Denn solche Eidhelfer waren im Sinne jener Zeit eigentlich schon mit Zeugen identisch, oder doch kaum mehr von ihnen verschieden, da man, wie gesagt, den Begriff des Zeugnisses

[1] S. 252.

[2] Michelsen, S. 110–116. Vgl. Wilda, S. 256. 257.

in sehr weiter Bedeutung nahm. Es stand daher nichts entgegen, solchen Eidhelfern die Eigenschaft der Zeugen in dem Sinne zu verleihen, daß sie auch gegen den Sachführer schwören dürften. Allerdings ist aber klar, daß sie damit aufhörten, Eidhelfer im alten Sinne zu sein, ohne doch vollständig in Zeugen verwandelt zu werden. Ebenso gewiß ist jedoch andrerseits auch, daß sie wesentliche Eigenschaften der Zeugen erhielten und wesentliche Eigenschaften der Eidhelfer behielten. Beides macht ja eben die Verschmelzung aus; es entstand daraus ein neues Institut, ein Mittleres zwischen Eidhelfern und Zeugen, — und diesem neuen Institute erst, obgleich zu seiner Vollendung noch Mehreres gehört, kann und darf man den Namen der Jury beilegen. Denn erst dieses ist ein wirklich Neues, auf eigenthümlichem Prinzip Beruhendes, eine neue Epoche Begründendes.

Eine Hauptursache der Verwirrung in unserem Gebiete ist es, daß man dies so häufig übersieht und von der Jury spricht, wo nur ernannte Zeugen oder consacramentales nominati et electi vorliegen. Noch jetzt ist ersteres bei Biener,[1] letzteres (wenigstens theilweise) bei Michelsen der Fall; denn, wenn dieser alle Nämden, die er findet, wenn er namentlich die Ditmarsischen Geschlechtsnemeden, bei denen doch schon die Beziehung auf die Geschlechtsverfassung so sichtlich auf das ursprüngliche Wesen der Eideshilfe hinweist,[2] schlechthin mit der Jury identifizirt, so entgeht ihm eben jener wesentliche Punkt, wodurch sich die Jury von allen bloßen Vorbereitungen und Uebergängen zu ihr unterscheidet.

Was aus jener Verschmelzung entsteht, ist selbst noch keineswegs die vollkommen entwickelte Jury, für die es vielmehr noch weiterer innerer Fortbildung und äußerer Bedingungen bedarf. Immer aber ist es ein Eigenartiges, das in seinen weiteren Phasen sich selbst gleich bleibt. Zunächst ist es nur auf die angegebene Weise zu bezeichnen, als ein Beweismittel, in welchem Zeugniß und Eideshilfe verschmolzen sind.[3] Es ist Zeugniß, sofern zu Schwörern solche Personen bestellt werden, von welchen eine durch eigene sinnliche Wahrnehmung oder

[1] Abh. 2. S. 124 f.

[2] Genesis der Jury. S. 116—158. S. dagegen Wilda, S. 260.

[3] Dies ist auch von Rintel S. 78 richtig hervorgehoben, während seine übrige Ausführung, z. B. über Identität der jurata patriae mit den Schöffen &c. größtentheils unbegründet ist.

sonstwie erworbene materielle Kenntniß von dem streitigen Faktum vorausgesetzt wird, und sofern das Beweismittel ein gemeinsames, daher den Schwörern gestattet ist, den Beklagten ebenso zu wehren, wie zu fällen. Dagegen weicht es vom Zeugniß sehr entschieden darin ab, daß eigene sinnliche Wahrnehmung der Schwörenden keineswegs streng gefordert, vielmehr auch ein vermitteltes Wissen zugelassen wird, noch mehr aber darin, daß gerade diese materielle Kunde nicht für das Letzte und wahrhaft Entscheidende gilt. So irrig es daher ist, die Jury mit der Eideshilfe zu identifiziren, wogegen so viel geeifert wird, so ist es doch um nichts weniger irrig, sie schon in den ernannten Zeugen zu sehen, die über notorische Dinge als vicini etc. entscheidende Aussagen thun. Andrerseits ist die Jury von den Eidhelfern wesentlich eben durch das unterschieden, was sie von den Zeugen angenommen hat; dagegen hat sie vom Eidhelferbeweise gerade das Wichtigste beibehalten, daß nämlich die Kraft der Entscheidung in die innerste Subjektivität, in das Gewissen gelegt wird.

Diese Genesis des Begriffs der Jury macht es klar, warum ihrer Entstehung in der Geschichte überall nicht allein jene Umgestaltung der Eidhelfer in nominati et electi, sondern warum ihr namentlich auch eine eigenthümliche Entwicklung des Zeugnisses, und zwar, weil es in diesen seine prägnanteste Stellung hat, des Zeugnisses in bürgerlichen Rechtssachen vorangegangen ist. Man pflegt dies so auszudrücken,[1] daß die Civiljury den Vorläufer der Kriminaljury gemacht habe. Es wird sich aber zeigen, daß jene Entwicklung des Zeugenbeweises nur die Form für die Jury hergegeben hat, wie es denn auch in Civilsachen eine wahre Jury gar nicht geben kann.

Wenden wir uns nun nach diesen allgemeinen Betrachtungen zur Geschichte des englischen Rechts zurück, so können wir in der angelsächsischen Rechtsentwicklung zwar wohl die Vorbereitung zur Jury erblicken, die Jury selbst noch nicht, jene aber allerdings in einem Umfange und einer Bestimmtheit, wie sie auf dem Boden des germanischen Festlands nicht zur Entfaltung kam, und, was wenigstens die politische Seite der Jury betrifft, auch nicht in den skandinavischen Reichen.

[1] **Biener**, Beitr. S. 216. **Wilda**, S. 259.

b) Verstärkter Eid. Ernannte Eidhelfer. Juramentum frangens.

Das angelsächsische Beweissystem kam mit dem altgermanischen im Wesentlichen überein, mit der einzigen Ausnahme, daß der Zweikampf ausfiel. Abgesehen von dem über das Fehderecht und die ursprüngliche Eigenschaft des Ordals Gesagten,[1] kann hiefür auf die Darstellung bei Philipps[2] verwiesen werden. Nur ist dieselbe durch die Bemerkung zu ergänzen, daß das Geständniß des Beklagten alles Beweisverfahren ausschloß, und ebenso das Ergreifen auf handhafter That.

Letzteres findet sich schon in Withraeds und Inas Gesetzen. „Wenn man einen Freien mit habender Hand fängt, dann kann der König Eines von Dreien wählen, er kann ihn tödten, über See verkaufen, oder sein Wergeld verlangen." „Er sei so schuldig, als ob er mit habender Hand gefangen sei." „Den auf frischer That Getroffenen sollen Alle mit Geschrei verfolgen, welche das Recht wollen." „Kündet er mit Eid, daß er ihn schuldig erschlug, dann braucht er ihn nicht zu vergelten; verheimlicht er es aber, und es wird später offenbar, dann räumt er dem Todten den Weg zum Eide."[3] Auch hier ist es dann der Fall, daß an den Requisiten der handhaften That etwas fehlen kann; die Folge davon ist, daß die Reinigung erschwert oder die Klage begünstigt wird[4] (indem der Kläger keinen Voreid zu schwören braucht, den hier die leibliche Beweisung ersetzt).[5] In der That darf im angelsächsischen Rechte das Gerichtszeugniß um so weniger übersehen werden, je wichtiger es im Verlauf der Rechtsentwicklung wurde, und je wichtiger es in bürgerlichen Rechtssachen in frühester Zeit schon war.

Wo nun aber nicht Geständniß oder handhafte That alles Beweisverfahren ausschloß, da war auch nach angelsächsischem Rechte der Beklagte zunächst zum Beweise berechtigt, den er durch Reinigungseid mit Eidhelfern, oder durch Gottesurtheil zu führen hatte. Nicht minder galt auch hier die Regel, daß der Beklagte, wenn ihm seine Beweisführung mißlänge, sachfällig sei, im andern Fall aber frei ausgehe. Wenn Philipps[6]

[1] Was auch Gundermann S. 28. n. 56 aufnimmt.

[2] Angelsächs. R.G. §. 52—59. Engl. R.G. II. S. 251—277.

[3] Leg. Withraedi c. 26. 27. Leg. Inae c. 13. 21. Vgl. L. Cnuti c. 45. Somma Consuetud. leg. Norm. I. c. 56. Et. de Norm. I. 2.

[4] Leg. Aethelst. II. c. 2. Leg. Henr. Pr. c. 94.

[5] Vgl. Kolderup-Rosenvinge, Grundriß d. dän. R.G. §. 73. Not. e.

[6] Angelsächs. R.G. §. 54. a. E. Vgl. aber Engl. R.G. II. S. 262. 263.

hinzufügt, es habe sich übrigens doch der Kläger bei dem von seinem Gegner geleisteten Reinigungseide nicht immer zu begnügen gebraucht, sondern denselben durch einen stärkeren (zahlreicheren) Eid entkräften können, so beruft er sich hiefür auf Leg. Aethelst. I. 11. mit Unrecht, da in dem betreffenden Fall der scheinbar Beklagte vielmehr wahrhaft der Ankläger ist, der den von ihm als Dieb Erschlagenen schuldig zu schwören hat.[1]

Im angelsächsischen Rechte darf man nun aber, eben weil es den Zweikampf ausschloß, zum Voraus mehr, als in irgend einem der festländischen, Vorkehrungsmittel gegen den Mißbrauch des Reinigungseids erwarten, eben wie dies auch mit dem dänischen Rechte seit der Zeit, wo der Zweikampf abgeschafft wurde, der Fall ist. In der That wird auch diese Erwartung nicht getäuscht. Nur freilich werden jene Mittel theilweise sehr verschieden angesehen.

Einfach und keinem Mißverständniß ausgesetzt ist es zunächst, wenn uns auch im angelsächsischen Rechte Vorschriften über Vermehrung der Zahl der Eidhelfer, sowie die consacramentales nominati et electi begegnen.[2] In ersterer Beziehung kommt der dreifache Eid, und ihm entsprechend, das dreifache Ordal vor, und zwar bei schweren Verbrechen oder wenn der Beklagte ein homo incredibilis war,[3] namentlich ein solcher, der schon früher mit Anklagen beschwert gewesen, und dem die Reinigung durch Eid oder Gottesurtheil mißlungen war.[4] Dieser dreifache Eid ist nichts dem angelsächsischen Rechte Eigenthümliches; auch liegt kein Grund vor, seine Auffassung bei Philipps anzugreifen. Wenn namentlich Gundermann[5] ihn von dem Ueberbieten mit Eidhelfern ableiten will, so steht ihm entgegen, daß er letzteres selbst erst von der dänischen Eroberung an datirt,[6] während das juramentum triplex schon viel früher vorkommt, und im Conc. Aenham. ausdrücklich als englisches Recht dem dänischen entgegengesetzt wird. Eine eigenthümliche Modifikation liegt nur

[1] Vgl. L. Inae c. 16. L. Henr. Pr. c. 74. Sächs. L.R. I. 64. §. 1.

[2] Philipps, Angelsächs. R.G. §. 54. Not. 515. Engl. R.G. II. S. 265. 266.

[3] L. Inae c. 77 (bei Schmid im Anhang S. 219). Conc. Aenham. (bei Schmid c. 29).

[4] L. Cnuti I. c. 20.

[5] S. 24. Not. 49. Vgl. S. 61.

[6] Mit Unrecht setzt freilich auch Philipps die betreffende Bestimmung erst an's Ende der Periode. S. 264.

darin, wenn einem homo incredibilis schon der einfache Eid aus drei Hundertschaften gekiest wird (der dreifache, soweit das Gebiet der Burg reicht). —

Ebensowenig [1] sind die consacramentales nominati et electi den Angelsachsen eigenthümlich, wie dies auch in der Regel anerkannt wird; nur das scheint etwas Besonderes, daß auch das Loos als Mittel, die Eidhelfer zu bestellen, vorkommt. Natürlich finden sich auch häufig beiderlei Beschränkungen beisammen. „Wer einen Friedbrecher aufgenommen hat, reinige sich mit dreimal XII. und der Gerefa ernenne die Eidhelfer" (Aethelred.). Es kommen aber auch neben 12 Ernannten 12 Verwandte und 12 Fremde vor, die der Beklagte sich selbst wählen kann. [2] Namentlich ist hervorzuheben, daß die nominati auch wohl vorzüglich aus der Nachbarschaft genommen werden sollen, worin das Streben nach objektiver Garantie zu Tage tritt. Auf die Zwölfzahl dagegen ist bei ihrem allgemeinen Charakter wohl kein so besonderes Gewicht zu legen, und um so weniger, je öfter man sich dadurch schon hat irre führen lassen. Die ganze Einrichtung selbst ist übrigens hier, wie anderswo, nur aus dem Bestreben abzuleiten, dem Gesammteide eine Gewähr größerer Zuverlässigkeit zu geben und das Eidhelferinstitut auf eine neue und solidere Grundlage zu stellen. Schwerlich liegt der Grund in dem humanen Bestreben, auch Fremden und Geistlichen die Wohlthat des Eidhelferbeweises zu verschaffen, [3] sondern darin, daß unter den eigenthümlichen Phasen des sozialen Zustands in England die alte Geschlechts- und Familienverbindung mehr und mehr zersprengt und dadurch dem Eidhelferinstitute seine ursprüngliche Grundlage ganz entzogen wurde. [4] So oberflächlich es aber ist, in der Einrichtung bloß ein Mittel zu Verhütung von Meineid zu sehen, so gewiß ist es doch, daß sie vornämlich in dieser Richtung praktisch war und den Uebergang zur Erstrebung materieller Wahrheit machte. So nahe Michelsen daran ist, noch mehr darin zu sehen, so hält er sich doch noch zurück, und begnügt sich „dabei an die skandinavische und ditmarsische Nämd nur zu denken," wobei er denn der angelsächsischen Einrichtung allerdings, vielleicht aber weniger jenen Analogieen ihr Recht anthut.

[1] S. die Zusammenstellung bei Michelsen, S. 170—172.

[2] Northumb. Priest.Ges. c. 51.

[3] So Gundermann, S. 26.

[4] v. Sybel, Entstehung des deutsch. Königth. S. 34.

Das angelsächsische Recht hat jedoch noch einen Schritt weiter gethan. Es unterscheidet das juramentum planum von dem juramentum fractum (observatum, in verborum observantiis); und eben in diesem letzteren kann sich nun doch Michelsen[1] die Jury zu entdecken nicht ferner enthalten. Indessen ist die Sache doch nicht so klar, als er meint. Schon seine Erklärung des juramentum fractum, das er mit dem juramentum frangens ohne Weiteres als identisch nimmt und als gestabten Eid bezeichnet, leidet an dem großen Mangel, daß hiernach das Aktivum eben dasselbe sein soll, wie das Passivum. Auch Philipps,[2] der jedoch weit entfernt ist, in dem juramentum fractum schon den Wahrspruch der Jury zu finden, ist zwar im Wesentlichen mit jener Erklärung vorangegangen und hat namentlich gemeint, das fractum damit motiviren zu können, daß in den betreffenden Fällen meistens zuerst der Angeklagte allein (und zwar nach einer bestimmten Formel) habe schwören müssen, und erst nachher seine Eidhelfer. Aber er giebt doch zu, theils daß auch ein juramentum observatum vorkomme, das nicht zugleich ein fractum sei, theils daß die Worte frangere sacramentum denn doch auch in dem Sinne vorkommen: einen Eid vernichten, unkräftig machen. Von Letzterem nimmt nun Michelsen gar keine Kenntniß und wiederholt nur jene Behauptung von Philipps, die er freilich noch durch den Zusatz ergänzt: „die Eidhelfer schwören nur auf die Unschuld, mit dem Hauptschwörer zusammen, einen Nacheid zu einem Voreide, — hingegen die Geschworenen schwören für sich, auf die Schuld oder auf die Unschuld, also nicht bloß für, sondern auch gegen den Angeschuldigten; kann dieser Gegensatz nicht sehr füglich durch die Terminologie fractum und non fractum ausgedrückt werden?“ — Schwerlich wird irgend Jemand diese Frage bejahen, wenn er nicht zum Voraus entschlossen ist, überall die Jury zu finden, wo ihm dieselbe zu suchen beliebt. Abgesehen von der Widerlegung, die in der folgenden Entwicklung von selbst liegen wird, dürfte doch wohl die Eine Frage genügen, wie es komme, daß in der Zeit des unbestrittenen Zustandekommens der Jury von jener Terminologie ganz und gar keine Rede mehr sei? Trotzdem ist wenigstens der Unterschied zwischen Geschworenen und bloßen Eidhelfern ganz richtig bezeichnet, und es ist nur unbegreiflich, wie Michelsen sich den Ueber-

[1] Genesis der Jury S. 172 f.

[2] Engl. R.G. II. S. 266—268. Vgl. S. 264. 265.

gang zu jenen so gar einfach, noch viel einfacher, als Rogge denken kann. Uebrigens erkennt er doch mindestens an,[1] daß die Geschworenen in der angelsächsischen Zeit den Eidhelfern näher gestanden und der ditmarsischen Nemede analog gewesen seien, — die denn freilich auch nicht mehr, als modifizirte Eidhilfe war.

Das juramentum fractum kann nun aber offenbar nicht auf die gedachte gezwungene Weise erklärt werden. Der Ausdruck frangere kommt nicht nur beim Reinigungseid, sondern auch beim Ordal vor, und ein juramentum oder ordale fractum heißt einfach:[2] ein mißlungener Eid, ein mißlungenes Ordal, sei es nun, daß man keine Eidhelfer gefunden, oder daß diese den Schwur verweigert hatten, sei das Ordal übel ausgegangen oder gelte der Akt für nichtig wegen Verletzung der gesetzlichen Vorschriften. Ist dem so, dann kann frangere nichts Anderes heißen, als ungiltig machen, daher juramentum frangens nur ein Eid, der einen andern Eid ungiltig macht, seine Kraft bricht. Ein juramentum frangens ist daher nicht selbst ein j. fractum, sondern setzt ein solches voraus. Es muß mithin ein Eid sein, der einen andern Eid überbietet, sei es nun, daß es dann an dem j. frangens genüge, oder daß noch ein Gottesurtheil möglich sei. Letzteres ist der Natur der Sache nach das Ursprüngliche; auch heißt es ausdrücklich in den Gesetzen Heinrichs I.: Malorum autem infestationibus et perjurantium conspiratione dispositum est frangens juramentum, ut magis Dei judicium ab accusatis eligatur.[3] Mithin muß in England die Möglichkeit des Ueberschwörens aufgekommen sein, wie solches auch anderswo, namentlich im salischen Rechte[4] und in den Vehmgerichten,[5] der Fall war. Ein solches Ueberschwören hängt aber stets mit einem Voreide des Klägers zusammen, und dieser Voreid tritt natürlicher Weise gerade in solchen Rechten als bedeutsam hervor, welche dem Kläger nicht das Recht geben, durch Anerbieten zum Zweikampf der eidlichen Reinigung des Beklagten zuvorzukommen. So auch im dänischen Rechte.[6] In späterer Zeit

[1] S. 162.

[2] L. Eadw. I. 4. (Schmid, S. 62.) L. Aethelst. II. 26. L. Aethelr. I. 1. L. Cnuti c. 20.

[3] Vgl. L. Eadw. I. 4.

[4] Heroldischer Text. tit. 76. (Pardessus, S. 262. 263.)

[5] Wächter, Beitr. S. 226—236.

[6] Kolderup-Rosenvinge, D. de usu juram. I. p. 96 sq.

erscheint dieser Eid nur noch als Gefährdeeid, ursprünglich aber hat er eine viel intensivere Bedeutung. Nicht, daß darin ein vom Kläger geleisteter Beweis zu sehen wäre, wie Wächter[1] meint; denn die Grundregel, daß der Angegriffene den Vorzug im Beweisrechte habe, galt auch bei den Angelsachsen durchaus.[2] Wohl aber ist der Voreid hier dadurch von der größten Bedeutung, daß er dazu dient, den Beklagten zu einer Reinigung zu nöthigen.

Gundermann[3] setzt ihn mit der handhaften That in Verbindung, als den Eid, womit ursprünglich der Kläger mit seinen Eidhelfern dem mit habender Hand Gefangenen seine Schuld angeschworen habe; zugleich meint er, wie Philipps, handhafte That und Ordal stehen geschichtlich in nächster Verbindung, sofern auch das Ordal ursprünglich nur eingetreten sei, wo der Verletzte seines Gegners auf frischer That habhaft geworden sei und so ihn ohne Weiteres habe bußlos erschlagen können. Letzteres ist nun aber wohl eine grundlose Hypothese, die durch den, wie übrigens G. gegen Philipps mit Recht bemerkt,[4] auch beim Ordal nothwendigen Voreid des Klägers nicht unterstützt wird. Die erstere Vermuthung dagegen empfiehlt sich besser durch ihre Analogie mit den festländischen Rechten, in welchen allerdings die Klageidhelfer vornämlich nur bei der handhaften That vorkommen. Sie scheint überdies noch besonders dadurch unterstützt zu werden, daß in einigen Stellen des (hierin mit dem dänischen übereinstimmenden)[5] angelsächsischen Rechts der Voreid mit leiblicher Beweisung ausdrücklich in Parallele gesetzt wird.[6] Allein gerade diese Stellen sprechen vielmehr gegen jene Vermuthung. Denn, wäre nach angelsächsischem Rechte der Voreid ursprünglich nur ein Annexum der Klage bei handhafter That, so müßte man in den betreffenden Fällen, wo es sich eben nur von unvollkommener Handhaftigkeit, bloßer leiblicher Beweisung handelt, gerade eine Verstärkung des Voreids erwarten, um das Fehlende zu ersetzen, während die Stellen doch ganz im Gegentheil sagen: die Spur solle für den Voreid gelten, die Wunde mache

[1] S. 67. S. aber auch S. 226 f.

[2] L. Aethelr. III. 10. (foed. Angl. et Dan.)

[3] S. 28 f.

[4] S. 32. Not. 63. Vgl. Philipps, Angelf. R.G. §. 55.

[5] Kolderup-Rosenvinge, Grundr. §. 73. Not. e.

[6] Leg. Aethelst. III. 2. (Schmid, S. 81.) L. Henr. Pr. c. 94.

ihn unnöthig. Zwar meint Gundermann,[1] dies sei nicht so zu verstehen, als hätte sich der Beklagte einfach losschwören können und nur der Kläger einen Kalumnieneid erspart; der Reinigungseid sei vielmehr hier nur ein gebrochener, d. h. ein unvollkommener gewesen, den der Kläger habe überbieten können. Allein die Vermuthung bleibt ohne Beweis. Umgekehrt vielmehr ist es sehr unwahrscheinlich, daß im angelsächsischen Rechte der Voreid mit Klageidhelfern gerade nur ein Annexum der Klage bei handhafter That gewesen sein sollte.

In den Rechten des Festlands lag hiefür der Grund darin, daß bei nicht handhafter That der Kläger den Beklagten, dem nicht zu trauen war, zum Gottesurtheil des Kampfes nöthigen konnte. Ueberall, wo das Kampfrecht nicht galt, fand sich mithin eine Lücke, und gerade diese Lücke scheint der Voreid, und was weiter damit zusammenhängt, ausgefüllt zu haben. Dafür spricht die Analogie des salischen Rechts und des Vehmrechts, und nicht minder die des dänischen. Besonders aber spricht dafür die unbeschränkte Allgemeinheit, womit das angelsächsische Recht des Voreids Erwähnung thut.[2] „Dem einfachen Reinigungseid gehe ein einfacher, dem dreifachen ein dreifacher Voreid voraus.“ „Kein Voreid soll in der Folge mehr erlassen werden.“ „Jeder beginne seine Klage mit dem Voreid.“ Und zwar ist dies schon in dem älteren angelsächsischen Rechte zu finden, der dreifache, wie der einfache Voreid; es ist im Gegentheil sehr verkehrt, wenn hie und da die Klageidhelfer erst unter den Normannen erwähnt werden, unter denen sie freilich keineswegs verschwunden sind.[3] Es versteht sich von selbst, daß auch im englischen Rechte Klageidhelfer neben leiblicher Beweisung vorkommen konnten;[4] aber eben so natürlich war es, in solchem Fall den Voreid zu erlassen und die Spur oder Wunde dafür gelten zu lassen. Dasselbe gilt von dem Fall, wo ein manupastus angeklagt wurde;[5] auch hier lag es nahe, den Voreid zu erlassen, nicht der Sache, sondern der Person des Beklagten wegen. Da mithin der Voreid nicht in spezifischer Verbindung mit der handhaften That stand, so kann auch die weitere, übrigens ziemlich mystisch

[1] S. 40. Not. 77.

[2] L. Aelfred. 29. L. Aethelst. II. 26. III. 2. L. Aethelr. VI. 14. 15. L. Cnuti 20 (Schmid).

[3] L. Guil. Conqu. c. 16.

[4] Z. B. S. C. de Mont. Walliae. c. 1.

[5] Leg. Henr. Pr. 66. §. 6. (Schmid, S. 254.)

gehaltene Ausführung, welche Gundermann hierauf baut, nicht befriedigen.

Der Voreid gehört ganz einfach zu den Auskunftsmitteln, zu denen man griff, um den zunächst dem Beklagten zustehenden Beweis zu erschweren, um ihn zu einem dreifachen Eid (etwa auch mit ernannten Eidhelfern) oder zum einfachen oder dreifachen Ordal zu treiben, welches eben nur als ein Beweismittel, nicht als eine Appellation zu betrachten ist. Wenn G. eine Appellation darin findet, so ist dieses nur verwirrend, und ein Irrthum ist es, wenn er sagt, bei handhafter That sei dem Beklagten das Ordal noch offen gewesen, da vielmehr das Gerichtszeugniß stets allen Beweis ausschloß,[1] sobald nur alle seine Erforderniſſe vorlagen (was freilich da nicht immer der Fall war, wo man den Thäter auf frischer That erschlagen hatte).[2] Vermittelst der Einschiebung des Gedankens einer Berufung wird aber eine ganz unnöthige Verwicklung und eine schiefe Richtung in die Geschichte der Entstehung der Jury gebracht, die vielmehr nur eine Rückkehr zur uralten Idee des Gemeindezeugnisses ist.

Dagegen hat nun Gundermann ganz Recht, wenn er das juramentum frangens als einen Ueberbietungseid darstellt, wenn auch gleich die Evidenz seines Beweises nicht so klar ist, als er es behauptet. Denn es ist nicht zu läugnen, daß die betreffenden Bestimmungen in den Leg. Henrici I. auch bei dieser Erklärung noch ihre Schwierigkeiten und Dunkelheiten behalten. Dennoch ist sie die einzige, die nicht zu Trivialitäten oder willkührlichen Voraussetzungen nöthigt. Das juramentum frangens ist ein Ausdruck desselben Bedürfnisses, aus welchem der Voreid hervorgieng. Es soll gleichfalls dazu dienen, die Reinigung des Beklagten zu erschweren. Ohne Zweifel that hier schon der Voreid gute Dienste, da es einer durch Eidhelfer unterstützten Klage gegenüber immerhin ebenso, wie einer leiblichen Beweisung gegenüber, schwerer sein mußte, Eidhelfer für die Reinigung zu finden, und daher der Voreid genügen mochte, um den Beklagten zum Ordal zu nöthigen, ja wohl auch ihm den Muth zu dieser gefährlichen Beweisführung zu nehmen. Dafür sprechen die vielen Stellen, die eben vom Mißlingen der Eides- und Ordalreinigung sprechen. Gleichwohl zeigen andererseits die mancherlei Wege, die man

[1] L. Inae 13. 15. §. 2. 43. Vgl. 72. 73. L. Aethelst. II. 1.
[2] L. Inae. 16. 21. 35.

einschlug, um dem Beklagten die Reinigung zu erschweren, daß die einzelnen dieser Wege dem Bedürfniß nicht genügten. Des durchgreifenden Korrektivs nun, welches die festländischen Rechte in der kämpflichen Ansprache darboten, entbehrte das Angelsächsische Recht; so war es denn ganz natürlich, daß hier ebenso und aus dem gleichen Grunde, wie im salischen Rechte und bei den Vehmgerichten, an die Stelle des physischen Kampfs der Kampf mit Eidhelfern trat. Man könnte sogar an eine wirkliche Uebertragung aus dem salischen Rechte denken wollen, da solches erweislich unter den ersten normännischen Königen auf das englische Recht einwirkte. Allein eben deshalb, weil diese Einwirkung erst nach der Eroberung stattfand, kann man das juramentum frangens nicht aus ihr ableiten, und um so weniger, da ja mit der Eroberung gerade das Duell nach England kam, welches ein anderes Korrektiv überflüssig machte. Selbst das scheint willkührlich, das juramentum frangens erst seit der dänischen Eroberung zu datiren. Denn, daß sich vor Knut auch nicht einmal eine ähnliche Benennung finde, ist durchaus unrichtig. Schon weit früher ist von gebrochenem Eid und insbesondere vom Ueberschwören die Rede, s. besonders Leg. Eadw. I. 4. (Schmid). [1] In der That brauchte es auch keiner Eroberung, um die angelsächsische Rechtsbildung zur Erfüllung eines so naheliegenden Bedürfnisses zu veranlassen. Daher scheint auch die Anknüpfung an die lex forensis, welche Gundermann [2] versucht, verfehlt zu sein. Nur das kann gesagt werden, daß die dänische und normännische Eroberung zur rascheren Ausbildung des schon vorhandenen Rechts beitrugen, indem die Eroberer ihre Landsleute im Prozeß, und so namentlich auch bei der Anklage bevorzugten.

Sowohl der Voreid, als der Ueberbietungseid ist ein Mittel, den Beklagten zu einem stärkeren Beweise zu zwingen. Immer aber stand zugleich die germanische Grundregel fest, daß der Angegriffene das Recht habe, seine Unschuld zu beweisen; und eben diese Regel ist es wohl, welche den Umweg des Eidhelferwettstreits motivirte. Werden diese Rechte des Anklägers als Surrogate des Duells aufgefaßt, so ist auch die Sache ganz natürlich; denn beim Duell wird ja eben jene Grundregel anerkannt, indem es als gemeinschaftliches Beweismittel erscheint. Ehe man nun zur Jury fortschritt, welche gleichfalls ein solches ist, lag es nahe,

[1] Vgl. L. Aethelst. II. 26. L. Aethelr. I. 1.
[2] S. 58 f.

daß man die beiden Bedürfnisse, einerseits dem Beklagten das Recht des Läugnens zu lassen und andererseits die Anklage zu begünstigen, eben auf die Weise zu vermitteln suchte, daß man den Beklagten zwar mit Eidhelfern schwören ließ, darauf aber dem Kläger das Recht gab, ihn zu überschwören. Es versteht sich von selbst, daß dies Recht seine bestimmten Voraussetzungen hatte, die in der Größe des angeschuldigten Verbrechens, in der Persönlichkeit des Beklagten, ohne Zweifel aber auch in der Bescheinigung lagen, welche der Kläger für die materielle Wahrheit der Anschuldigung beibringen konnte und die mit Recht schon darin gefunden werden durfte, daß eben der Kläger sich von vorn herein bereit zeigte, den Beklagten mit Eidhelfern zu überschwören. Es lag dann sehr nahe, weiter zu gehen und in solchen Fällen den Beklagten überhaupt nicht mehr zum Eide, sondern nur noch zum Ordal zuzulassen, vorausgesetzt daß der Kläger mit allen seinen Eidhelfern auf einmal schwor (einen dreifachen Voreid). Der Gebrauch scheint indessen ein verschiedener gewesen zu sein, indem man in einigen Gegenden den Beklagten noch schwören ließ, aber nur ein juramentum fractum, d. h. einen Eid, der noch überboten werden konnte, dagegen in anderen Gegenden den Kläger sogleich zum dreifachen Voreid und sofort den Beklagten nur noch zum Ordal zuließ. Immer aber mußte dieses letzte Vertheidigungsmittel dem Beklagten offen gelassen werden, und hierin unterscheidet sich das englische Recht vom Vehmrecht, wenn nach diesem in dem Eidhelferwettstreite wenigstens möglicher Weise (durch Ueberspringen einer Stufe) auch der Kläger das letzte Wort behalten kann.[1] Erscheint letzteres als eine reine Uebertragung des Zweikampfs auf den Eidhelferstreit, so hält das englische Recht, hierin mit dem salischen übereinstimmend, an der germanischen Regel fest, daß immer der Beklagte, als der eigentlich Beweisberechtigte, das letzte Wort haben müsse. Von dieser Regel konnte nicht abgegangen werden, so lang nicht die Eidhelfer zu einem gemeinschaftlichen Beweismittel wurden. Aber ein Fortschritt hiezu lag auch im juramentum frangens, sofern es ein Sinnbild des als gemeinschaftliches Beweismittel zu betrachtenden Zweikampfs war. Der Kläger theilte sich mit dem Beklagten in das gleiche Beweismittel, das nun auch nicht mehr, wie das juramentum nominatum, formell wenigstens bloß als Unterstützung des Beklagten auftrat.

[1] Stellen bei Wächter, S. 228.

Wenn nun aber das englische Recht insoweit mit dem salfränkischen ähnlich war, so nahm letzteres doch später einen andern Verlauf, indem der bei den andern germanischen Stämmen, namentlich auch dem der ripuarischen Franken längst übliche Zweikampf unter dem Einflusse des Lehenswesens das herrschende Beweismittel wurde, und hiegegen erst nach längerer Zeit von den Städten aus eine Wiederherstellung des alten Rechts erfolgte, die alsbald eine Umbildung desselben auf einem dem römischen Rechte entgegenkommenden Wege im Gefolge hatte. In England wurde nun zwar auch mit der normännischen Eroberung der Zweikampf eingeführt. Aber er vermochte die bisherige Rechtsbildung nicht zu verdrängen, sondern nur vorübergehend zu stören, und diese Störung schlug sogar zu ihrem Gewinne aus, da sie dazu diente, ihren naturgemäßen Fortschritt zu beschleunigen.

In dieser Beziehung wurde nun allerdings auch die lex forensis für die Entwicklung des juramentum frangens wichtig. Es war natürlich, daß die Eroberer ihre eigenen Landsleute begünstigten, sie mochten nun als Beklagte oder als Kläger auftreten. In ersterer Beziehung brauchte man kein neues Vorrecht für sie zu schaffen, sondern ihnen nur dasjenige zu geben, welches Thane, Priester und überhaupt homines credibiles hatten, — das Vorrecht, nicht überschworen und dadurch zum Ordal gedrängt werden zu dürfen (sie sollen plane, juramento non fracto schwören). In letzterer dagegen mußte ihnen das Recht des Ueberschwörens gegeben werden, sei es nun, daß dem Beklagten dadurch nur ein größerer Reinigungseid, oder das Ordal aufgenöthigt wurde, sei es, daß noch ein juramentum fractum versucht werden durfte, oder daß der Kläger sogleich den vollen Voreid zu schwören berechtigt war. So ist z. B. in der Const. de foresta[1] von Knut nur vom dreifachen Reinigungseid die Rede, zu welchem der Kläger durch seinen Voreid den Beklagten drängen könne; das Ordal wird nur in subsidium genannt, und der beigefügte Satz ist darum sehr interessant, weil er ganz klar zu erkennen giebt, daß man auch von der bloßen Verstärkung der Zahl der Voreidhelfer oder der Reinigungseidhelfer immerhin eine investigatio der nuda veritas erwartete. Dagegen, wenn ein Engländer einen der Kriegsleute Knuts getödtet zu haben beschuldigt wurde, so durfte er sich nur durch das Ordal reinigen; das Zeugniß, d. h. der Voreid

[1] Cnuti Const. de for. 11. (Schmid, S. 172.) Vgl. L. Henr. Pr. 65. §. 3.

zweier Kameraden des Erschlagenen stand gegen ihn, wog seinen Reinigungseid auf.[1]

Weit leichter machte sich nun aber die Begünstigung der Normannen den Engländern gegenüber, weil jene durch die Sitte des Duells sich nach der Anschauung der Lehenszeit den Engländern entschieden überlegen erachten mußten. Da nun der Normanne stets bereit war zu fechten, so mußte der von ihm angeklagte Engländer, wenn er den Kampf nicht wagte, zum Ordal greifen, da kämpflicher Ansprache gegenüber kein Reinigungseid stattfinden konnte. Bei allen Verbrechen daher, „wegen deren sich Kampf gebührt oder Gottesurtheil zwischen beiden Männern," brauchte der Franzose als Kläger nicht einmal einen andern Voreid zu leisten, als den einfachen, der auch beim Kampf vorkam; der Engländer konnte kämpfen oder zum Eisenordal greifen, „wie es ihm bequemer war." Bei umgekehrten Prozeßrollen stand es dem Engländer frei, den Normannen kämpflich anzusprechen; wagte er das aber nicht, so konnte er auf keinen Voreid Anspruch machen, der dem Normannen das Recht der gewöhnlichen Reinigung abgeschnitten hätte; dieser reinigte sich mit seinen Eidhelfern nach normännischem Rechte. Galt es ein mit Aechtung belegtes Verbrechen, so konnte der angeklagte Angelsachse sich bloß mit dem Eisen reinigen, was voraussetzt, daß der normännische Kläger den hiefür nöthigen stärkeren Voreid leistete. Kämpfliche Ansprache wird hier nicht erwähnt, weil der normännische Kläger sich hier nicht die Stellvertretung des Beklagten durch einen andern Kämpfer gefallen zu lassen braucht, womit sich bei den erstgenannten Vergehen der Engländer aushelfen kann, „wenn er schwach ist und den Kampf nicht eingehen will oder kann." Umgekehrt aber ist der Normanne als Beklagter auch hier stets selbst zum Kampf einzustehen bereit; deshalb kann der Engländer, wenn er will, ihn kämpflich grüßen; wagt er es aber nicht, dann vertheidigt sich der Franke billig mit einem einfachen, ungebrochenen, d. h. nicht durch einen Voreid erschwerten Reinigungseid, der dann auch wieder gebrochen werden kann.[2] Bei dem Widerwillen der Eingeborenen gegen das Duell war diese Begünstigung der Normannen in der That nothwendig, nicht etwa bloß aus Politik, sondern aus Rechtsgründen. Denn der Engländer hätte im andern Fall ein besseres Recht gehabt, als der

[1] Vgl. Kolderup-Rosenvinge, Grundr. §. 73. Not. c. Dahlmann, Gesch. v. Dänemark. I. S. 153.

[2] Leg. Guil. Conq. bei Schmid, S. 188. 189. 191. Nr. 12.

Normanne, der stets bereit war, für seine Behauptung sich selbst einzusetzen. Die Begünstigung war also vielmehr nur eine Rechtsausgleichung. Sie zeigt aber sehr deutlich, wie der Voreid und das juramentum frangens dem Zweikampf entsprechen. Sie ersetzen ihn geradezu.

Wie aber schon früher Voreid und juramentum frangens zu Einem Eide vereinigt vorkommen, der den Beklagten sogleich zum Ordal nöthigt, so wird dies auch von den Francigenae gesagt. Denn ohne Zweifel ist das juramentum in verborum observantiis, von dem es heißt: Francigenae in verborum observantiis non frangunt, von dem feierlichen Voreide zu verstehen, und die Stelle sagt: diese schwören sogleich zuerst den vollen Voreid, ohne daß dem Gegner noch ein juramentum fractum nachgelassen wäre, — als Beleg für den Satz: Continget etiam antejuramentum dari non frangi per alterum fieri a re ipsa, a persona, praelatione, natione, merito. Daß dieß dann eben der dreifache Voreid, die dreifache Anklage war, erhellt aus vielen Stellen, die in verschiedener Beziehung immer die Dreizahl festhalten (dreifacher Reinigungseid, dreifaches Ordal, Reinigungseid in 3 Hunderten, dreifache Anklage u. s. f.) Es vereinigt der Klageid hier gleichsam alle drei Eide des Eidwettkampfs: den Voreid, das juramentum fractum und das juramentum frangens in sich. Dagegen ist wohl die Aeußerung in Leg. Henrici Pr. 64 §. 12: ultra tertiam vicem non procedit nicht[1] hieher zu ziehen, da die (ganz defekte) Stelle jedenfalls von einer ganz andern Frage handelt. Wohl aber c. 18: Francigena compellatus juret se sexto, Anglicus liber triplici lada plane (dreifacher Reinigungseid, der nicht überschworen werden kann) vel simplici franget (so das MS. Lond. statt exigenti; man sieht wohl, was gemeint ist: ein einfaches juramentum fractum, das der Kläger überbieten kann) vel judicio (Ordal) neget.

Indessen kann nicht geläugnet werden, daß es Stellen giebt, die auch bei dieser Auffassung dunkel bleiben: namentlich §. 9 und 11 in c. 64. In der ersten Stelle wird die Werelada so bezeichnet: ut qui ex parte patris erunt, fracto juramento, qui ex materna cognatione erunt, plane se sacramento juraturos advertant. Die andere sagt: Si quilibet rem in communi propitiare velint sibi et utrum-

[1] Wie Gundermann S. 64 meint. Vgl. L. Aethelr. III. 10. Leg. Cnuti. c. 21. 22.

que sunt testes et furtiva dicatur, qui melius testimonium habebit, probationi propior sit et solus fracto sacramento suam esse comprobet et testes ejus plane confirment. Für diese Stelle paßt allerdings die gewöhnliche Erklärung [1] des juramentum fractum vel observatum vel in verborum observantiis als feierlicher, gestabter, bestimmt formulirter Eid besser. Indessen steht nichts entgegen, beide Erklärungen mit einander zu verbinden. Wenn nämlich dem Eide des Beklagten ein Voreid vorangieng, so mußte ohne Zweifel dieser Eid (der denn in der Regel ein juramentum fractum war) ganz bestimmt nach dem Voreide formulirt sein, [2] und so kann juramentum fractum und juram. in verb. observantiis oder observatum ganz wohl identifizirt werden. Da ferner auch der Voreid solchen Falls bestimmt formulirt sein mußte, so konnte dieser aus demselben Grunde ein juram. observatum genannt werden. So mochte es denn kommen, daß man auch umgekehrt fractum statt observatum setzte, was freilich in Fällen, wie die obigen, wo von einem wahren frangere nicht die Rede sein konnte, ungenau war, aber doch aus dem Grunde nicht leicht mißverstanden werden konnte, weil jedenfalls jedes juram. fractum auch ein observatum war.

Hier findet denn auch Gundermann, der ganz die richtige Erklärung giebt, die Aehnlichkeit des Voreids mit dem Duell auffallend. [3] In der That ist aber Voreid und juramentum frangens überhaupt eben nur als Surrogat der Beweisführung durch Zweikampf aufzufassen. Gundermann hängt jedoch zu sehr an seiner Verbindung des Klageids mit der handhaften That, wovon ihn der von ihm angeführte Bracton hätte abhalten sollen, der ausdrücklich sagt, handhafte That schließe allen andern Beweis aus, während er doch den Voreid als probatio auffaßt und ausdrücklich mit dem Duell zusammenstellt. Vielmehr ist aber dem englischen Rechte gerade die Wichtigkeit des Voreids außer dem Fall der handhaften That charakteristisch; er ersetzt ihm das Duell: aber es ist zugleich ein Irrthum, ihn als Beweis anzusehen, was er ebensolang noch nicht war, als er nur als Mittel diente, um den Beklagten zur dreifachen Reinigung zu nöthigen (ita autem acqui-

[1] Wilkins Scholie zu diesem cap. Philipps, Engl. R.G. II. S. 267. Michelsen, S. 172.

[2] Wie beim Duell. S. Glanvilla, II. c. 3. §. 1. 3.

[3] Vgl. Glanvilta, XIV. 1. §. 5.

ratur, inducatur ordalium triplex; accipiat secum quinque et sit ipse sextus, et sic jurando acquirat triplex judicium aut triplex juramentum).[1] G. hat daher auch wohl Unrecht, wenn er[2] das mulieris prabationem contra se sustinere in Glanvilla XIV. 6. §. 2. so übersetzt: der Voreid des Weibes überführt ihn. Er setzt zwar richtig hinzu: nur zum Ordal kann er seine Zuflucht nehmen, — was denn nach seiner Anschauungsweise eine Appellation wäre. Sollte diese Erklärung richtig sein, — und sie ist jedenfalls der von Biener[3] vorzuziehen, — so müßte sie so lauten: der Voreid der Frau nöthigt ihn zum Ordal. Da aber von einer electio zwischen dem Ordal und dem sustinere der probatio mulieris die Rede, und da der bloße Voreid eben keine probatio im technischen Sinne ist, so muß man annehmen, daß in diesem Fall und ähnlichen das Weib einen Kampfsvertreter für sich stellen durfte. Ueberhaupt faßt aber G.[4] das Duell, das nun auch noch „gewissermaßen eine Appellation in sich schließen" soll, gleichfalls nicht mit gehöriger Schärfe auf, obwohl er ganz richtig sagt, daß es über dem Zeugnisse und dem Geständnisse gleich stehe. Jedenfalls aber zeigt er treffend, daß es eine oberflächliche Betrachtung ist, an der Beweisführung durch Duell nur dies herauszufinden, daß hier der Kläger beweisen müsse. Dies ist aber nicht nur oberflächlich, sondern falsch, wie denn G. (freilich in einigem Widerspruch mit sich selbst) ganz richtig anmerkt, daß probare (judicio) immer nur auf den Beklagten gehe (denn nach ihm wäre der Voreid die probatio, das Ordal aber Appellation).[5]

c) Ernannte Zeugen.

Sonach enthielt das angelsächsische Recht: Vermehrung der Anzahl der Eidhelfer beim Reinigungseid, die consacramentales nominati et electi, und das juramentum frangens, — bedeutsame Momente für die Entwicklung zur Jury, aber noch nicht diese selbst. Ebenso wenig darf

[1] Cnuti, Const. de foresta. 11. L. Henr. Pr. 65. §. 3.

[2] S. 52. Not. 100.

[3] Beitr. S. 253. 276; doch denkt auch Biener an den Voreid. S. Not. 32. Vgl. auch v. Daniels, S. 68. n. 4.

[4] S. 51—55.

[5] Daß der Voreid keine probatio ist, bemerkt Biener S. 276. n. 32 ganz richtig.

man diese schon in einer andern angelsächsischen Einrichtung suchen, die aber freilich gleichfalls ein wesentliches Moment in ihrer Bildungsgeschichte ist, da sich ihre Form daraus entwickelte.

Es sind dies die ernannten Zeugen, hier, wie anderwärts, als Fortbildung der Idee des Gemeindezeugnisses entstanden. Ursprünglich mußten nämlich alle bürgerlichen Rechtsgeschäfte vor der Gemeinde selbst geschlossen werden, so daß nun, wenn Streit darüber entstand, die Gemeinde selbst Zeugniß darüber ablegen konnte.[1] Wie nun aber allmälig die Kraft des unmittelbaren Gerichtszeugnisses auf besonders ernannte Gerichtszeugen übergetragen wurde,[2] so kam man auch dazu, besondere Geschäftszeugen in den Städten und in den Hundertschaften zu ernennen,[3] deren jeder, wenn er das erste Mal zum Zeugniß erwählt wurde, schwören mußte, kein Ding zu versagen, wo er zum Zeugniß war, weder für Geld, noch aus Liebe oder Furcht, und für kein ander Ding Zeugniß zu künden, als was er sah oder hörte. Auf diese ernannten Zeugen wurde gleichfalls die Kraft des unmittelbaren Gemeindezeugnisses übergetragen.[4] Sie sprachen nicht als Privatleute, sondern als Repräsentanten der Gemeinde, aber eben nur als Zeugen der Thatsache, nicht als Urtheiler, obgleich ihr Ausspruch in der Regel das Urtheil bestimmte. Irrthümlich sieht Philipps[5] in diesen gekorenen Zeugen Schöffen, während umgekehrt die Personen, in denen er wahre Schöffen zu sehen glaubt, für solche gekorene Zeugen zu nehmen sind, d. h. für Personen, welche die Gemeinde in einzelnen Fällen, wo Berufung auf ihr Zeugniß eingelegt war, aus sich ausschied, um sie zu vertreten, sei es nun als Zeugen bei einem Streit oder als Zeugen beim Abschluß von Geschäften.[6] Da freilich Thatfrage und Rechtsfrage so oft ineinander liefen, so konnte auch wohl die Gemeinde solche Vertrauensmänner zur Weisung des Rechts ausscheiden, besonders wenn die Partheien

[1] L. Aethelst. II. 11. 14 (Schmid). Vgl. L. Hhlotar. et Eadr. c. 16. L. Inae. c. 25. L. Eadw. I. 2 (Schmid). L. Aethelr. I. 4 (Schmid).

[2] L. Aethelst. III. 1. §. 5 (Schmid). L. Eadw. II. 4 (Schmid).

[3] L. Eadg. II. 2—10 (Schmid).

[4] L. Aethelr. II. 6—8 (Schmid).

[5] Engl. R.G. II. S. 66—68. Dagegen Biener, Beitr. S. 244—248. Auch Möhl sieht in der Jury eine Umbildung der Schöffenverfassung, und zwar durch die Sendgerichte, was freilich von einer nur „oberflächlichen Betrachtung" (S. 29) zeugt.

[6] Hist. Eliensis. I. 13. 34.

verschiedenes Recht hatten.[1] Die Zahlen 6, 12, 24 erklären sich aber[2] eben daraus, daß es sich in allen diesen Fällen um die Repräsentation einer halben, ganzen, oder auch zweier Gemeinden handelte. Die 12 Thane aus dem Conc. Wanet. gehören gar nicht hierher, da sie eine Rügejury sind.[3] Die Regel im angelsächsischen Rechte ist, daß das ganze Volk das Urtheil fällt,[4] was aber nicht ausschließt, daß besonders durch ihre Stellung, Rechtskunde &c. ausgezeichneten Männern hiebei ein besonderer Antheil zufiel.[5] Dieselbe Regel erhielt sich aber auch noch nach der Eroberung, und hier irrt nun Biener seinerseits, wenn er in den Fällen, wo einzelne (12) aus der Gemeinde besonders vereidet wurden, an Schöffen denkt; diese Juratoren sind vielmehr gar nichts Anderes, als Commanentes, Nachbarzeugen, die im Namen der Gemeinde ein Gemeindezeugniß ablegen,[6] und daher auch noch weit entfernt sind, eine Jury heißen zu können, was Philipps meinte und v. Daniels neuerdings wieder auszuführen versucht hat.

Wir haben hier überall nichts vor uns, was wir nicht in andern germanischen Ländern auch finden. Die gecorene to witnesse sind nichts Anderes, als die ein für alle Male ernannten Zeugen in der karolingischen Monarchie. Das Nachbarzeugniß ist ein uraltes germanisches Herkommen, und auch dies, daß an der Stelle der Gemeinde eine geringere Anzahl von Personen aufgestellt wird, um über gemeinkundige Dinge ein Zeugniß abzulegen,[7] ist den Angelsachsen nicht eigenthümlich, im Gegentheil wohl erst seit der normännischen Eroberung recht in Aufnahme bei ihnen gekommen. Inquisitiones per commanentes, per ipsos pagenses nobiliores, per ipsos homines de villa etc. kommen im 9ten Jahrhundert in Frankreich vielfach vor;[8] dabei ist die Zahl der beeidigten Zeugen selten unter 7 und selten über 12. Sie erscheinen besonders bei Ansprüchen auf Immobilien,

[1] S. C. de Montic. Wall. 3. Plac. bei Spelm. p. 202.

[2] Biener, Beitr. S. 246.

[3] Ebend. S. 267.

[4] Vielleicht in der ersten Zeit nicht. v. Sybel, S. 233—236.

[5] L. Hlot. et Eadr. 8. L. Inae. 8. L. Edov. Conf. de heretochiis. §. 9. L. Henr. Pr. 7. 29. 31. 33. A.M. v. Daniels, S. 16. n. 13.

[6] Z. B. Text. Roff. bei Philipps, Angelsächs. R.G. S. 209. 210. L. Henr. Pr. 48. Reeves, l. c. 2. p. 85.

[7] L. Edov. Conf. c. 38. §. 2.

[8] Hist. de Languedoc. Preuves. II. nr. 12. 18. u. a. Stellen bei v. Daniels, S. 34—38.

für welche ein Besitzstand geltend gemacht wird, und bei streitigen Hörigkeitsverhältnissen.

Während sie aber im übrigen Frankreich seltener geworden zu sein scheinen,[1] erhielten sie sich gerade in der Normandie unter dem Namen recognitiones (reconnoissant). Es ist daher sehr natürlich, daß sie mit der normännischen Eroberung auch in England häufiger wurden. Sie treten namentlich ein,[2] um verheimlichtes Staatsgut an den Fiskus zurückzubringen, Gerichtsbarkeitsverhältnisse festzustellen, Gewohnheitsrecht zu ermitteln und zu redigiren, in Privatrechtsstreitigkeiten vorzüglich bei Besitzfragen, die gerade durch das Zeugniß der Nachbarn am besten aufgeklärt werden konnten.[3]

Allein alle diese lagamanni, lahmen, viri legales, legitimi, meliores, juratores, und wie sie heißen mögen, sind eben nichts, als ernannte Geschäftszeugen oder für den einzelnen Fall gekorene Nachbarzeugen, die an der Stelle der Gemeinde Zeugniß ablegen.[4] Zu Geschwornenen wurden sie erst, wenn sie aufhörten, Zeugen im eigentlichen Sinn zu sein, und in die Rolle von Eidhelfern übergiengen, was in der angelsächsischen Periode entschieden noch nicht der Fall war.

Gleichwohl ist dieses Lebendigbleiben des Gemeindezeugnisses, auch außerdem, daß aus den Rekognitionen die Form für die Jury sich entwickelte, an und für sich selbst von der höchsten Wichtigkeit gewesen, weil sich dadurch das Bewußtsein von der Nothwendigkeit der Betheiligung des Volks an der Rechtspflege intensiver, als anderswo, erhielt. Sonderbarer Weise will freilich gerade Biener,[5] der die Jury einfach als organisirtes Gemeindezeugniß ansieht, in der Entstehung und Fortbildung der Jury in England kein politisches Element sehen. Allein die Vergleichung mit der obigen Darstellung der Entwicklung des Beweisverfahrens in Deutschland und mit der des französischen bei Stein wird die Unrichtigkeit dieser Ansicht hinlänglich klar machen. Gerade die Ausbildung des Gemeindewesens im Gegensatze gegen das Lehnswesen hat die Entstehung der Jury am meisten befördert.

[1] Vgl. übrigs Beugnot, les Olim. I. p. 959—964.

[2] Etabl. de Norm. (Marnier) p. 48—50. 79—85. Chron. Lichf. Wilk. p. 216. L. Edov. Conf. pr. §. 1.

[3] Etabl. de Norm. p. 17. 20. 21. 53. 99. 101. 120. Somma consuet. II. 29. §. 1. 34. §. 3.

[4] Vgl. noch hist. El. I. 45. Leg. Cnuti 76.

[5] Wilda S. 259 stimmt ihm bei.

d) Friborg und freie Gemeinde.

Die Eigenthümlichkeit der politischen Entwicklung Englands gegenüber von Frankreich und Deutschland liegt nämlich eben darin, daß dort niemals das Prinzip des Lehnswesens zur absoluten Herrschaft gekommen und längere Zeit darin verblieben ist. Vielmehr, so energisch es auch in England auftrat, hat es gleichwohl seinen Gegensatz, die freie Gemeinde und ihr Recht, von früher Zeit an ohne jene Feindseligkeit, die es anderswo gegen sie kehrte, sich neben sich entwickeln lassen und sich mit ihr im Parlament zu gemeinsamem Zweck geeinigt.

Der, hier nicht näher zu erörternde, Grund dieser eigenthümlichen Ausbildung des gesellschaftlichen Zustands ist vornämlich in der Stellung des Königthums in England zu suchen, welches, namentlich infolge der mehrfachen Eroberung, als eine wirkliche Macht dastand und dem Prinzip des organischen Staats zum Organ diente zu einer Zeit, wo es in Frankreich erst anfieng, aus gänzlicher Ohnmacht sich aufzuraffen, und in Deutschland im Begriffe war, von seiner idealen Höhe in immer tiefere Ohnmacht hinabzusinken.[1] Dieses Grundverhältniß, wie es in allen einzelnen Parthieen der englischen Rechtsentwicklung sich geltend macht, tritt auch in der Geschichte des Prozesses anschaulich genug hervor. Die Macht des Königthums stellt sich dar in der durch ihre reisenden Richter allgegenwärtigen curia regis. Daneben macht sich das Lehnswesen in seinen curiae baronum geltend und bringt sogar für einige Zeit dem ganzen Lande sein eigenthümliches Beweisverfahren, das Duell, auf. Allein unter dem Schutz des Königthums wird das Recht der gemeinen Freiheit bewahrt und im Gemeindeleben organisirt, das sich nicht erst in blutigen Kämpfen seine Existenz erringen muß; so lebt das alte Volksrecht fort und seine Umgestaltung in reifere Formen wird durch das Lehnswesen nicht verhindert, sondern sogar beschleunigt; die Idee des Gemeindezeugnisses bleibt lebendig; es entsteht die Rügejury, die Assise, die Urtheilsjury. Diese Lebensäusserungen verschiedener gesellschaftlichen Mächte schließen sich aber nicht gegenseitig aus, sondern wirken, wenn auch theilweise gegen einander, doch zugleich in einander, und vermitteln sich zu der lebensvollen Einheit, welche das germanische Recht in Deutschland und Frankreich nicht erreichte, welche es dagegen in England stark genug machte, um dem romanisch-

[1] Vgl. Stein, franz. R.G. S. 144. 145. 259—269. 356—359.

kirchlichen Einflüße, der hier freilich auch minder intensiv auftrat, siegreichen Widerstand zu leisten.[1]

Freilich hat man bis in die neuere Zeit in der Täuschung gelebt, als ob das Institut, auf welches eben die Gemeindefreiheit in England sich begründete, ein allgemein germanisches gewesen sei. Neuere Forschung hat aber bewiesen, daß die Gesammtbürgschaft,[2] — denn von dieser ist die Rede, — dem englischen Rechte eigenthümlich war. In England war so gut als anderswo die alterthümliche Geschlechtsverbindung gesprengt, ja in Folge der verschiedenen Invasionen gründlicher, als sonstwo, untergraben. Allein hier trat nun nicht die lehns- und schutzherrschaftliche Verbindung unmittelbar und allgemein an die Stelle. Sondern das alte Recht reproduzirte sich auf neue lebenskräftige Wesen im Gildenwesen,[3] und eben dieses gab die Form ab für die vom Königthum ausgehende Organisation der Gesammtbürgschaft als einer allgemeinen Einrichtung, aus der die freie Gemeinde und folgeweise auch das ihr eigenthümliche Rechtsverfahren, die Jury hervorgieng. Gleichwohl ist diese Organisation ein ächtes Erzeugniß des germanischen Geistes, wie denn ihre Idee auch der deutschen und französischen Gemeindebildung zu Grunde liegt; in England aber ist die freie Gemeinde eben nur ihrem Begriff gleich geworden und geblieben, während sie in Frankreich, von der allgemeinen Zentralisation ergriffen, unter ihn hinabgesunken ist, in Deutschland aber bei der allmäligen Auflösung und Zersetzung der Staatseinheit üppig über ihn hinaus wuchern mußte.

Die englische Gesammtbürgschaft ist nur die auf die Ortsverfassung übergetragene Form des einheitlichen Gemeindelebens. Eben daher konnte Möser (und nach ihm Eichhorn), weil er die Ortsverfassung schon dem germanischen Alterthum vindizirte, diesem auch die Gesammtbürgschaft der Ortsgenossen zuschreiben. Weniger konsequent ist es aber,[4] wenn

[1] Vgl. Lappenberg, Gesch. v. England. Philipps, engl. Reichs- und Rechtsgesch.

[2] E. Feuerbach, de univ. fidejussione. Wilda, Strafr. der Germ. S. 69 f. Unger, altdeutsche Gerichtsverf. S. 34 f. Lappenberg, Gesch. v. England. I. S. 334. 588 — 590. Waitz, deutsche Verf.Gesch. I. S. 225 f. v. Sybel, Entstehung d. deutsch. Königth. S. 33—36. Schmid im Hermes XXXII. S. 234 f. Palgrave, The rise and progress of the english commonwealth. I. 191—204. II. 120—126.

[3] Wilda, Gildenwesen des Mittelalters. Waitz, a. a. O. S. 229—231. 241. 248. v. Sybel, S. 20 unten.

[4] v. Sybel in Schmidts Zeitschr. f. Gesch. III. S. 293 f.

Waitz die letztere läugnet, während er doch die erstere behauptet. Wie dem nun sei, so hat er mit der ersteren Behauptung Recht. Die Gesammtbürgschaft ist eine eigenthümliche englische Einrichtung; die Entstehung derselben [1] ist aber nicht mit Waitz erst in die normännische Zeit zu setzen, sondern jedenfalls bedeutend früher zu datiren, [2] obgleich sich etwas völlig Bestimmtes darüber nicht sagen läßt. Ebenso wenig ist sie mit ihm und Andern [3] für eine Beschränkung der Freiheit oder für eine bloß polizeiliche Einrichtung zu halten, sondern im Gegentheil als die eigentliche Grundlage der englischen Freiheit zu betrachten, wie dies Maurer [4] neuestens überzeugend nachgewiesen hat.

Die Resultate seiner Forschung, so weit sie für gesichert zu halten sind [5] und so weit sie hierher gehören, sind diese: Neben der rechtlichen Vertretung, welche der Herr seinen Hausgenossen, seiner höheren und niederen Dienerschaft zu gewähren hatte (die Haftung der Familie, die schon unter K. Edmund aufhörte, gehört nicht hierher, und die vermeintliche Haftung der Feldgenossenschaft, wofür L. Hlot. et Eadr. 5. angeführt wird, wäre lieber beseitigt geblieben und statt ihrer das Gildenwesen erwähnt worden), machte sich das Bedürfniß nach einer weitern Vertretung geltend, namentlich für minder mächtige Grundbesitzer und für freie Kolonen, die doch nicht in Schutzherrschaft standen, überhaupt für alle Gemeinfreien, die nicht mächtig genug waren, um in den Ritterstand sich zu erheben, und auch nicht schwach genug, um sich in Hörigkeit hinabdrücken zu lassen. Es wurde daher zunächst verordnet, daß jeder solche freie Mann seinen Bürger oder Pfleger haben solle, der ihn vor Gericht zu stellen, dort zu vertreten und sonst für ihn zu haften hätte. [6] Diese Bürgen waren nicht Herren, sondern bloße Vertreter, Pfleger (plegii) des zu Schützenden. Eben auf diesen Begriff der Pflege, d. h. der die Freiheit nicht beeinträchtigenden Vertretung, wurde sofort das Institut der Frithborge [7] gegründet, d. h. eigener, aus wenigstens zehn freien

[1] Jedenfalls in ihrem Prinzip.

[2] Palgrave, I. 201. II. 123.

[3] Hallam, gesch. Darst. d. Zustandes v. Europa im Mittelalter. II. 178. 179. Palgrave, I. 192. II. 206.

[4] Die Freipflege. München 1848.

[5] Was von §. 1. u. 2. nur theilweise anzunehmen ist.

[6] L. Eadg. I. 6. II. 1 (Schmid). L. Aethelred. I. 1. Leg. Cnuti 20.

[7] L. Edov. Conf. c. 20. 28. 29. j. Fleta, I. c. 45. §. 10. Holkh. Mst. bei Palgrave, II. 125. Thorpe, Pref. p. 11. 13.

Männern bestehender Genossenschaften, deren Mitglieder sich jene Bürgschaft und Vertretung wechselseitig zu leisten hatten. Diese Zehntschaften sind hiernach von den als Landeseintheilung längst vorher vorkommenden Zehntbezirken zu unterscheiden; dennoch sind sie mit ihnen keineswegs ohne Zusammenhang, da die Friborge sich nicht ohne einen ihnen entsprechenden Bezirk denken lassen, und ein direkter Beweis dafür in der Angabe der Befugnisse des Vorstehers, in dem bezeugten Zusammenwohnen der Mitglieder 2c. liegt. Der Friborg mußte eben nur wenigstens zehn, konnte aber auch viel mehrere Mitglieder haben; daher in der Regel eine villa und ein Friborg zusammenfällt und letzterer eben nur die Bürgerschaft innerhalb der Ortschaft, die Aufnahme in eine Zehntschaft mithin die Ansäßigmachung als Bürger bedeutet.

Der Zweck dieser Bürggenossenschaften war nun allerdings wesentlich die Erhaltung des Landfriedens, und darin mag sogar das erste Motiv ihrer Einführung gelegen haben; allein dadurch wird nicht ausgeschlossen, daß sie nicht zugleich zur Erfüllung eines andern Bedürfnisses, — der Sicherung der Freiheitsrechte gedient hätten. Es wäre ja wohl nicht das erste und einzige Mal, wo durch eine nur auf Zucht und Ordnung berechnete Institution die Sache der Freiheit wesentlich gefördert worden wäre. Altes Recht war, daß ein land- und herrenloser Mann, der keinen Bürgen fände, als ein Schutzloser getödtet werden könne.[1] Durch die Zehntschaften war nun für jeden, der sich Vertrauen zu erwerben wußte, die Möglichkeit gegeben, in ein Verhältniß zu treten, das ihn schützte, und es war verordnet, daß jeder Freie oder Folger über 12 Jahre in eine solche Freibürgschaft aufgenommen werden solle, wenn er des Reinigungseids, des Wergelds und der übrigen Freiheitsrechte würdig sein wolle.[2] Durch die Aufnahme erhielt er daher firmiorem pacem, statum, er stand unter dem Schutz und Frieden der Zehntschaft, konnte von keinem Diebe, Geächteten 2c. angeklagt, durfte gegen seinen Willen nicht wieder ausgestoßen, und namentlich nicht willkührlich verhaftet werden.

Den Rechten entsprachen aber auch die Verbindlichkeiten. Wenn ein Mitglied der Zehntschaft ein Verbrechen begangen hatte, mußte sie dasselbe vor Gericht stellen oder, soweit das Vermögen des Verbrechers nicht reichte, für den zugefügten Schaden haften und zugleich schwören, daß sie

[1] L. Aethelst. II. 2. 8. L. Aethelr. I. 5 (Schmid). L. Cnuti 30 (Schmid).

[2] L. Cnuti 19 (Schmid). L. Henr. Pr. 8. §. 2. L. Guil. Conq. III. 14.

keinen Antheil an der Schuld habe und den Verbrecher vor Gericht stellen oder, wo möglich, seinen Aufenthaltsort anzeigen wolle; von dieser Haftung und Eidesleistung konnte sie nur dadurch befreit werden, daß der Vorsteher mit zwei seiner Genossen, ferner mit den Vorstehern und je zwei Genossen der drei nächsten Friborge, also durch einen Zwölfmanneneid sich von allem Antheil an der Schuld und Flucht des Verbrechers losschwor.[1] Bei seiner Aufnahme in die Zehntschaft mußte daher auch jeder schwören, weder selbst ein Verbrechen begehen, noch zu einem solchen mitwirken zu wollen.[2]

Die Freibürgschaften haben mithin zwei Seiten; nach der einen garantiren sie die Freiheitsrechte ihrer Mitglieder, und hiedurch sind sie die Grundlagen der freien Gemeindebildung geworden; nach der andern dienen sie dem polizeilichen Zweck der Aufsuchung und Verfolgung der Verbrecher. Daher wurden denn auch die Zehntschaften bestraft, wenn jemand in der betreffenden Feldmark getödtet, und der Getödtete vor der Untersuchung durch den Coroner begraben worden war, ja schon dann, wenn sie einem nicht in die Freipflege Aufgenommenen den Aufenthalt in ihrer Feldmark gestattet hatten.[3] Eben damit hieng es aber sehr natürlich zusammen, wenn sie auch bei Strafe verpflichtet wurden,[4] selbst vor Gericht zu erscheinen und begangene Verbrechen zu rügen.[5] Auch dies ist jedoch ein wesentliches Moment freier politischer Entwicklung; denn es wurde dadurch die Gemeinde selbst zum Organ des unvermeidlich eindringenden Untersuchungsprinzips, während dessen Geltendmachung in Deutschland und Frankreich als Monopol an die fürstlichen Beamten kam.

Wenn nun übrigens das Prinzip dieser demokratischen Einrichtung der angelsächsischen Periode vindizirt werden muß, nicht der normännischen, welche das Prinzip des Lehnswesens zur Vorherrschaft brachte, so ist doch andrerseits gewiß, daß dieselbe erst gegen das Ende der angelsächsischen Zeit eine bestimmte Organisation erhielt, daher auch ihre Wirksamkeit erst nach der Eroberung sich reicher entfaltete und ohne Zweifel gerade durch den Gegensatz gegen die Einwirkung des Feudalprinzips ein entschiedeneres Gepräge erhielt.

[1] Leg. Edov. Conf. c. 20.
[2] L. Cnuti. c. 19 (Schmid).
[3] Fleta, I. c. 27. §. 2. c. 30. §. 1. 2.
[4] Fleta, I. c. 46. §. 5. II. c. 52. §. 5. 8. 48.
[5] Soweit Maurer, §. 3—10.

So ist denn auch die bestimmte Organisation der Rügethätigkeit der Gemeinde erst in der normännischen Zeit zu suchen, obgleich das Rügen selbst schon viel früher, immer aber als eine aus der Mitte der Gemeinde ausgehende Funktion vorkommt. Hierher gehört nun die vielbesprochene Stelle aus dem Conc. Wanelung. §. 6. (§. 9. Schmid): „Und daß man ein Gemot in jedem Wäpentake habe, und daß die 12 ältesten Thane hinausgehen und der Gerefe mit, und schwören auf das Heiligthum, daß sie keinen Schuldlosen rügen und keinen Schuldigen verhehlen wollen. Und sie sollen dann die oft bezichtigten Leute nehmen, ... und jeder oft bezichtigte Mann gehe zum dreifachen Ordal oder gelte vierfach." Diese Bestimmung ist nicht die erste, die von bezichtigten Leuten spricht. Zwar heißt Bezichtigt nicht immer so viel als Gerügt, sondern bezeichnet einen wiederholt Angeklagten,[1] aber gleichwohl kommt es doch auch im ersteren Sinn schon früher vor, nur scheint man noch ein sehr tumultuarisches Verfahren beobachtet zu haben; man erwartete in der Regel eine Klage, und verfuhr dann wohl gegen den incredibilis mit besonderer Strenge, namentlich wenn er sich vor Gericht nicht stellte;[2] wo dagegen keine Klage vorlag, begnügte man sich bei der für die Ergreifung eines handhaften Verbrechers, die Verfolgung einer Diebsspur 2c. bestehenden Verpflichtung der Volksgenossen.[3] In jenem Gesetze Aethelreds tritt dagegen zuerst eine förmliche Rügepflicht hervor, welche, wie die Klage, zu einem gerichtlichen Verfahren führt.[4] Die Einrichtung in dieser bestimmten Form scheint jedoch nicht von Dauer gewesen zu sein. Man überließ es wohl wieder der Privatanklage, ein Verfahren gegen Uebelberüchtigte zu veranlassen, und begünstigte nur solchenfalls die Anklage, indem man einen stärkeren Voreid (dreifache Anklage) und eventuell das juramentum frangens zuließ.[5] Uebrigens findet sich in den Gesetzen Wilhelms des Erob.[6] das Wort rectare (rügen), wo 4 Männer einen Anrüchigen bezichtigen. Andrerseits scheint eine Stelle in den leg. Hener. Pr. auf ein durch Rüge hervorgerufenes amtliches Einschreiten hinzudeuten (c. 66).

[1] Leg. Inae. c. 37. L. Edg. I. 7. L. Aethelr. I. 1. Edw. und Guthr. Frieden. c. 12.

[2] Leg. Edg. I. 7. L. Aethelr. I. 5.

[3] L. Aethelst. II. 1. VII. 5. L. Eadm. III. 6.

[4] AM. v. Daniels, S. 76.

[5] L. Cnuti. 27.

[6] L. Guil. Conq. I. 50. Vgl. 47. 49.

Mit Unrecht wirft Gundermann[1] dies Alles zusammen. Es ist vielmehr ersichtlich, daß man sich mit der Form des Conc. Wanet. vorerst nicht befriedigt fühlte und zur Regel der Privatanklage zurückkehrte.

Allein während dessen bildete sich das Institut der Freipflegen aus, und in diesem reifte die organische Form für das Rügeverfahren heran, welche sich freilich erst im 12ten Jahrhundert fixirte. Daher hat auch Biener Recht, wenn er bei Gelegenheit der Rüge, freilich ohne den inneren Zusammenhang nachzuweisen, an „die Gesammtbürgschaften" und namentlich an die mit der lex murdri verbundene praesentatio Englisheriae[2] erinnert. Immer aber zeigt die Bestimmung unter Aethelred, daß die Idee der späteren Form schon weit früher sich ankündigte, wenn gleich die Zeit ihrer ruhigen Verwirklichung noch lange auf sich warten ließ.

Daher liegt auch kein Grund vor, das englische Rügeverfahren für ein mittelbares Erzeugniß des kanonischen Rechts zu halten, wie dies Biener vermuthet, und Michelsen beifällig wiederholt hat.[3] Ebenso wenig aber ist es andrerseits gerechtfertigt, wenn v. Daniels[4] das englische Rügeverfahren lediglich aus den inquisitiones ableiten will, welche der Landes- und gerichtsherrlichen Gerechtsame wegen im Interesse des Fiskus veranstaltet worden seien, während er doch sogar die Bestimmung Aethelreds mit der Gesammtbürgschaft in unmittelbaren Zusammenhang bringt. Man wird vielmehr annehmen müssen, daß schon gegen das Ende der angelsächsischen Periode und wohl noch mehr nach der Befestigung der normännischen Herrschaft das Bedürfniß des Untersuchungsprinzips gegenüber der herrschenden Form der Anklage sich geltend machte, daß zu diesem Behuf allerdings auch der Weg amtlicher Inquisitionen eingeschlagen, aber in keinem Fall erfolgreich verfolgt wurde, wozu es jener Zeit noch an dem erforderlichen Organismus der Staatsgewalt gebrach, daß daher der natürliche Gedanke überwog, die Gerichtsuntergebenen selbst zum Organ jenes Prinzips zu machen, wofür schon längst durch die Verordnungen über Verbürgung der Herren- und Landlosen vorgearbeitet und neuerdings durch das an der Stelle der alten Geschlechtsverbindung aus dem Volk selbst entsprossene Gildenwesen die Form geliefert worden war.

[1] S. 42—44. Vgl. Biener, Beitr. S. 267 f.

[2] L. Guil. Conq. 26. L. Edov. Conf. c. 15. 16. L. Henr. Pr. 75. 91. 92.

[3] Biener, Beitr. S. 307. Michelsen, S. 176. Noch einseitiger deutet dies aus Möhl, Geschw.Ger. S. 19 f.

[4] S. 79. 80.

Das Prinzip der Rügejury liegt daher in der angelsächsischen Zeit, wenn auch die gleichfalls in dieser Zeit wurzelnde Form derselben erst später sich wirklich zur rügenden Gemeinde organisch gestaltete, von der man daher nicht mit Gundermann schon zu Aethelreds Zeit reden kann. Wenn aber hiernach die Rügejury eine der Geltendmachung des Untersuchungsprinzips angehörige Erscheinung ist, so ist sie es doch nicht in der Weise, wie v. Daniels es darstellt; die Gemeinde ist dabei nicht das Sekundäre, das bloße Mittel, um dem Gerichtsherrn seine Einkünfte zu sichern, oder um den Grund des Verdachts zu bestätigen, wenn es Jemanden gefallen hatte, einen Andern zu verhaften.[1] Im Gegentheil ist es gerade die frühe Ausbildung der freien Gemeinde zu einem wesentlichen Moment des Staatsorganismus, und ihre Betheiligung an der Rechtspflege auch unter dem Einflusse des Untersuchungsprinzips, was dem englischen Prozeß seine ungetrübte nationale Entwicklung gesichert und ihn vor dem Loose bewahrt hat, die Beute der abstrakten fürstlichen Gewalt und des fremden Rechts zu werden.

e) Eroberung, Lehenswesen und Königthum.

Blackstone[2] hat somit ganz Recht, wenn er sagt, daß England die Jury den sächsischen Voreltern danke. Alle Wurzeln derselben liegen in der angelsächsischen Zeit. Aber fertig geworden ist sie gleichwohl erst nach der Eroberung, und durch dieselbe. Nur kann man weder sagen,[3] daß die englische Jury aus der Normandie herübergewandert, noch umgekehrt daß die Jury aus England in die Normandie hinübergetragen worden sei. Denn die germanische Wurzel lag auch in der Normandie aus der fränkischen Zeit her eingesenkt. Am richtigsten sagt wohl Crabb,[4] daß die Nachahmung eine gegenseitige gewesen sei. Die Streitigkeiten über die Herkunft der Jury haben auch in der That ihren Grund nur darin, daß man in der Regel das Innere über dem Aeußerlichen vernachläßigt und deßhalb nach Analogieen äußerlicher Förmlichkeiten hascht, statt zu bedenken, daß der allgemeine germanische Rechtsgeist unter gleichen Be-

[1] So übersetzt er rectare, zitirt aber selbst die Stelle: si quis rectatus fuerit *coram* justitiis domini Regis *de* murdro etc.!

[2] Comment. IV. c. 33.

[3] Vgl. Biener, Beitr. S. 231—233. Ders. in der Zeitschr. f. deutsch. R. XI. S. 60 f. v. Daniels, §. 10.

[4] Uebers. von Schäffner, S. 61.

bingungen an verschiedenen Orten Gleichartiges schaffen konnte, ohne daß man dabei an Nachahmung zu denken hat. Dabei kommt es dann wohl, daß man gerade das innerste Wesen der Sache übersieht, z. B. das Beweismittel per patriam aus norwegischen Zwölfergerichten ableitet, daß der eine die Jury aus Frankreich nach England, der Andere aus England nach Frankreich kommen läßt, als wäre sie eine bloße Form, die in irgend einen Organismus nur so nach Belieben eingetragen werden könnte, und daß man sich damit Schwierigkeiten schafft, wo in der That keine sind. Gegenüber diesen unfruchtbaren Vermuthungen hat Wilda[1] treffend hervorgehoben, daß es doch sehr sonderbar sei, die Jury als Surrogat des Duells aufzufassen und gleichwohl sie aus der Normandie abzuleiten, aus welcher gerade das Duell als Beweismittel nach England kam. Allein auch er irrt, wenn er es für unwahrscheinlich hält, daß in der Normandie eine Jury (was man gewöhnlich so nennt) bestanden haben könne, eben weil dort das Duell so sehr um sich gegriffen habe. Denn ganz entschieden kennt das normännische Recht, wenn nicht die Jury, doch die Rekognitionen neben dem Duell, aber auch diese nicht als dänische oder norwegische Mitgift, sondern als einfaches fränkisches Herkommen, wie es sich auf die karolingischen Kapitularien gründete.

Zwar ist nun allgemein anerkannt, daß der Beweis durch Jury im Gegensatz zum Beweis durch Zweikampf (oder auch zum Gottesurtheil überhaupt) steht, und man pflegt dies oberflächlich genug so darzustellen, daß mit dem Abkommen des Kampforbals (oder der Ordalien überhaupt) eine Verlegenheit darüber entstanden sei, wie man es mit Verbrechern zu halten habe; aus dieser Verlegenheit habe nun die irgendwoher geholte Form der Berufung auf die bona patria glücklich herausgeholfen, u. s. f. Am ehesten ließe sich noch hören, was Wilda[2] anzunehmen scheint: daß der Gedanke der Jury im angelsächsischen Recht vorgebildet gewesen und erst am Gegensatz des aus der Normandie eingeführten Zweikampfs zu schärferer Ausbildung gelangt sei. Allein auch diese Auffassung bliebe noch äußerlich. Der Gegensatz zwischen Duell und Jury ist nicht der Gegensatz zweier Volksstämme, — die Normandie kennt, wie gesagt, zum Wenigsten die Rekognitionen neben dem Duell, und wir sind unseres Theils überzeugt, daß das Duell auch ohne die

[1] S. 251. 258.

[2] Im Wesentlichen mit Michelsen übereinstimmend.

Normannen sich in England würde eingefunden haben, — weil es das spezifische Beweismittel des Lehenswesens ist.

Jener Gegensatz ist vielmehr der zwischen Lehensrecht und Gemeinderecht, oder — wenn man minder genau reden will — zwischen Adel und Bürgerthum. Dieser Gegensatz war in England schon vor der Eroberung vorhanden; aber erst mit den Normannen hat sich das Recht des Lehenswesens und des Adels vorwiegend geltend gemacht,[1] und eben dadurch ist die Reaktion des Bürgerthums und des freien Gemeinderechts, wie es im angelsächsischen Rechte vorgebildet war, um so entschiedener hervorgerufen worden.

Außer dem Lehenswesen ist es jedoch noch ein Moment, welches sich nach der Eroberung in entschiedener Weise für die Entwicklung der Rechtspflege geltend macht, — das die Staatseinheit vertretende Königthum. Die neue Bildung wird also aus dem Zusammenwirken dieser drei Mächte erklärt werden müssen.

f) Der Beweis durch Zweikampf.

Wir fragen zuerst nach der Bedeutung der Einführung des Zweikampfs. Daß dieser als gerichtliches Beweismittel nicht von jeher in demselben Sinne aufgefaßt worden sei,[2] ist nicht zu verkennen.

Ursprünglich hat man sich denselben wohl vornämlich nur als geregelte Fehde zu denken. Das Christenthum suchte ihn zu verdrängen, und, wo dies nicht gelang, wußte es ihn wenigstens entschieden unter den Gesichtspunkt des Gottesurtheils zu stellen, was sichtlich zu seiner Entartung führte, da nun vielfach die Sitte aufkam, sich beim Zweikampf durch Andere, besonders durch Lohnkämpfer vertreten zu lassen. Der Glaube, daß die Gottheit auch dem Schwachen den Sieg verleihen könne, nahm dem Zweikampf gerade seinen Nerv, der wesentlich darauf beruht, daß hier gerade die Persönlichkeit auf die intensivste Weise sich selbst für ihr Recht einsetzt. Man sieht ihn daher auch seit der Einführung des Christenthums theilweise abkommen, theilweise entarten, und wo dies nicht geschieht, den Gesichtspunkt des Gottesurtheils zwar nicht verschwinden, aber doch allmälig wieder zurücktreten.

Im Mittelalter tritt er entschieden in ein neues Stadium; er wird das eigenthümliche Beweisverfahren des Lehensstaats, welches überall

[1] Vgl. K. Maurer, über das Wesen des ältesten Adels. S. 174. 195.
[2] Wilda, allg. Encykl. v. Ordalien.

beim Bürgerthum den lebhaftesten Widerstand findet. Er ist jetzt zu seiner ursprünglichen Bedeutung zurückgekehrt, ohne daß er darum aufhörte, ein Gottesurtheil zu sein. Die letztere Bedeutung war vielmehr vornämlich die Handhabe, wodurch er seine neue Stellung erhielt, sofern er sich als eines der Auskunftsmittel darstellte, wodurch man sich den Inkonvenienzen des Beweises durch Eideshilfe zu entziehen suchte. Die Veränderung in der Berufung der Eidhelfer für den Beklagten genügte nicht, da die Eidhelfer dadurch zwar ein gemeinschaftliches Beweismittel wurden, aber doch nur theilweise, sofern sie immer nur Eidhelfer des Beklagten waren und ihn daher nicht schuldig schwören durften. Ueberall sehen wir daher das Bestreben, weiter zu gehen. Das angelsächsische Recht und andere stellen dem Reinigungseide einen Klageid entgegen, der zu einem Eidwettkampf sich entwickelt. Das deutsche Bürgerthum sucht durch natürliche und unnatürliche Erweiterung des Begriffs der handhaften That (des Gerichtszeugnisses) den Reinigungseid zu verdrängen. Noch erfolgreicher schreitet das englische Bürgerthum auf verwandtem Wege voran, die Eidhelfer in Geschworene umgestaltend. Auch der Zweikampf des Mittelalters nun ist gegen dasselbe Uebel gerichtet; er soll unter dem Titel eines Gottesurtheils den unzuverläßig werdenden Reinigungseidhelferbeweis verdrängen und ersetzen.

Er ist aber insbesondere das Gottesurtheil für die wehrhaften Männer, und daher bei der allmäligen Sonderung der Stände vorzugsweise geeignet, die Ausdruckweise des ritterlichen Standes vor den Gerichtsschranken zu werden. Wenn aus dem Bürgerthum eine Beweisform sich entwickelt, welche darauf ausgeht, jedes Verbrechen möglichst handhaft zu machen, d. h. die Ueberführung des Verbrechers durch das Zeugniß der Gemeinde zu ermöglichen, so ist es ganz in der Ordnung, wenn andererseits der kriegerische Stand diesen Weg verschmäht und nur für diejenige Art der Beweisführung Sympathie zeigt, welche den Mann selbst mit seiner ganzen Persönlichkeit für sein Wort einstehen läßt.

Obgleich das Duell auch jetzt noch weder die Natur einer geregelten Fehde, noch die eines Gottesurtheils abgelegt hat, so ist doch dies beides nicht mehr seine charakteristische Bestimmtheit; auch das Duell vielmehr stellt einen Fortschritt im Beweisrechte dar.[1] Dem Reinigungs-

[1] Reeves, I. S. 82. 83. Not. e. Stein, S. 226—228. Gundermann, S. 51 ff. Philipps, Engl. R.G. II. S. 120—128. 280—282.

eide gegenüber erscheint es nämlich als ein gemeinschaftliches Beweismittel, und zwar im vollen Sinne des Worts; zugleich aber dient es dem hervortretenden Streben nach objektiver Garantie der Wahrheit zum Ausdruck, indem angenommen wird, daß, da die Partheien selbst die genaueste Kenntniß von der materiellen Wahrheit haben müssen, durch den Erfolg des Zweikampfs gerade diese an den Tag gebracht werde.[1] Dieses Prinzip wird durch die Bestimmung des englischen Rechts, wornach in bürgerlichen Rechtssachen der Kläger nicht selbst kämpft,[2] sondern einen Zeugen de visu et auditu für sich kämpfen läßt, nicht widerlegt, sondern bestätigt; zugleich ist aber klar, warum in peinlichen Sachen Stellvertretung regelmäßig ausgeschlossen war. Es folgt einfach aus jenem Prinzipe, daß jede Parthie beim Zweikampf die andere der Lüge bezüchtigte und sie an ihrer Ehre angriff, daher denn auch der Unterliegende nicht bloß sachfällig, sondern zugleich wegen Ehrverletzung und Meineids buß- und straffällig wurde. Hierin liegt nun die Bedeutung des Beweisverfahrens im Mittelalter, nicht in der Beweislast des Klägers,[3] oder was man sonst von untergeordneten oder unrichtigen Momenten hervorzuheben pflegt. Es diente demselben Bedürfnisse zur Befriedigung das man in England durch die Umgestaltung der Eideshilfe in verschiedenen Richtungen zu erfüllen sich bemühte; es war ein vollkommen gemeinschaftliches Beweismittel, es schloß den Reinigungseid der Regel nach gänzlich aus, und es diente dem Streben nach Begründung des Urtheils auf materielle Wahrheit zum Ausdruck. Aber es war in dieser Bedeutung aus der Anschauungsweise der Lebenssphäre hervorgegangen, und als ein Stück von dieser wurde es von den Normannen nach England hinübergetragen.

So weit nun, als das Prinzip des Lehenswesens in England Wurzel schlug, ebensoweit mußte auch dieses Beweisverfahren in England sich akklimatisiren. Man übersieht dies in der Regel und verbindet mit der Erzählung von der Einführung des Duells sogleich die Bemerkung, daß es in England impopulär gewesen sei.[4] Allein man scheint zu vergessen, daß es doch ein volles Jahrhundert hindurch in unbestrittener Geltung

[1] Daher erhielt sich das Duell als Beweismittel für facta occulta noch lange. Fleta, I. c. 31.

[2] Glanvilla, II. c. 3. §. 8.

[3] S. z. B. Biener, Beitr. S. 252. 253. v. Daniels S. 38—40.

[4] Biener, Beitr. S. 253. 254. Michelsen, S. 178.

blieb, daß die o. a. Verordnungen Wilhelms d. Erob. unzweifelhaft den Erfolg haben mußten, den englischen Adel für das Duell zu gewinnen, und daß die Opposition, von der nach 100 Jahren verlautet, eben nicht vom Ritterstande, sondern vom geistlichen und vom Bürgerstande ausgeht.

Nicht minder schief ist es aber, wenn andererseits die Sache so dargestellt wird,[1] als ob das Duell in England das ganze bisherige Beweisrecht verdrängt habe. Dieß ist wohl nur bei der curia regis geschehen, und auch bei dieser nicht allgemein. Insbesondere ist es zwar mit dem gewöhnlichen Reinigungseid geschehen, dagegen entschieden nicht mit dem Ordal und, wo die Parthieen angelsächsischer Herkunft waren, wohl auch gewiß nicht mit dem dreifachen Reinigungseid, dem juramentum nominatum und juramentum frangens;[2] endlich auch nicht mit dem Zeugnisse der ernannten Zeugen und der Nachbarschaft bei bürgerlichen Rechtsgeschäften, das zum mindesten in den Grafschaften um so gewisser sich erhalten mußte, als es ja auch dem normännischen Rechte keineswegs fremd war.[3] Der Beweis, den Biener für das Gegentheil aus Glanvilla II. 7. für das Gegentheil zu führen sucht, trifft nicht, weil, wie er selbst anerkennt,[4] Glanvilla „nur allein das Verfahren vor der curia regis und ihren Justitiarien, nicht auch die Art, wie in den Comitatus und andern Curiis verfahren wird, schildern will." Das regale beneficium bezieht sich daher nur auf die Rechtspflege bei der curia regis, welche allerdings, als spezifischer Gerichtshof der Kronvasallen[5] das Beweisverfahren durch Duell angenommen hatte. Da es nun seit der Eroberung immer häufiger der Fall wurde, daß auch andere Sachen vor die curia regis kamen,[6] so mochte freilich vielfache Unzufriedenheit entstehen, wenn die Kurie ihr Verfahren auch auf diese anwandte, oder aber die größte Unbequemlichkeit, wenn sie es für solche Fälle bei dem hergebrachten Verfahren ließ.[7] Ersteres ist aber wahrscheinlicher, und eben deshalb konnte Glanvilla die Gestattung des alten Verfahrens bei der Kurie so allgemein ein regale beneficium clementia

[1] Biener, a. a. O. S. dagegen Gundermann, S. 53.
[2] S. die Leg. Henr. Primi. Vgl. Philipps, engl. R.G. II. S. 291—294.
[3] Etabl. de Norm. (Marnier) p. 15 sq.
[4] Beitr. S. 219. Not. 8.
[5] Philipps, a. a. O. S. 21. 22.
[6] Philipps, a. a. O. S. 49. 50.
[7] Dies meinen Philipps und Gundermann.

principis indultum nennen, ohne damit sagen zu wollen, daß das fragliche Verfahren nun überhaupt erst neu eingeführt worden sei. Im Gegentheil ist es ganz unwahrscheinlich, daß diese Indulgenz bei der curia regis stattgefunden hätte, wenn nicht das alte Verfahren mit ernannten und Nachbarzeugen in den Grafschaften (als angelsächsisches, wie als normännisches Recht) fortgelebt hätte. Auch nennt die charta libertatum für London vom Jahr 1154 das Beweisverfahren ohne Duell die antiqua consuetudo civitatis.[1] Man muß also annehmen, daß eben nur von der curia regis die allgemeine Durchführung des Duells ausgieng, daß aber gerade dies Verfahren bei der steigenden Vermehrung der aus dem ganzen Lande her an sie erwachsenden Rechtssachen zu dem Rückschlage führte, wovon Glanvilla II. 7 berichtet.

g) Die Curia regis.

Von der größten Wichtigkeit für die weitere Entwicklung des Prozeßrechts war nun eben diese curia regis.[2]

Zwar hatte ein Königthum und eine curia regis schon vorher bestanden. Allein doch hat Philipps Unrecht, wenn er das normännische Königthum nur eben als eine Fortsetzung des angelsächsischen darstellt. Mit den Normannen kam das ganze französische Lehenswesen nach England,[3] und mittelst des Lehensnexus, der auf's konsequenteste organisirt wurde, gewann das neue Königthum eine neue reale, und zwar die in jener Zeit allein reale Grundlage seiner Macht, indem es sich als die Spitze der gesammten Lehenshierarchie hinstellte, aber nicht nur als eine ideale, wie das deutsche Kaiserthum, sondern als eine im Fundamente des ganzen Gebäudes, im Grund und Boden selbst wurzelnde. Diese Ueberlegenheit des neuen Königthums machte sich gerade im Gerichtswesen alsbald augenscheinlich genug geltend, indem sich nach und nach die Ausübung der Justiz für das ganze Reich auf den königlichen Gerichtshof[4] konzentrirte, und die Grafschafts- und Thanengerichte der angelsächsischen Zeit immer mehr um alle Bedeutung kamen. Das

[1] Vgl. die Behauptung der Bürger von Linkoln v. 1201 bei Biener, Beitr. S. 254.

[2] Biener, Beitr. S. 240. Philipps, engl. R.G. II. S. 3—94.

[3] K. Maurer, das Wesen des ältesten Adels. S. 195.

[4] Ob dieser dem Echiquier der Normandie nachgebildet sei, oder umgekehrt, ist ein unfruchtbarer Streit.

Königthum verdankte aber seine Ueberlegenheit über die Gerichte der Lehensherrn andererseits wieder dem Umstande, daß es sich nicht allein als die Spitze des Lehenswesens, sondern zugleich als der mächtige Schirm und Schutz aller andern sozialen Mächte, namentlich der Kirche und des sich gestaltenden Bürgerthums hinstellte, daß mithin in ihm alle Fäden der Herrschaft zusammenliefen und es als der, in allen Sphären gebietende, lebendige Träger der Staatseinheit dastand.[1] Daher kann man auch von diesem Königthum nicht sagen, daß es aus der Normandie herübergewandert sei. Es wuchs gleichfalls aus der Vereinigung neuer und einheimischer Elemente zusammen und verdankte gerade dieser Vielseitigkeit seine Stärke, die es vor dem deutschen, und seine Mäßigung, die es vor dem französischen Königthum[2] voraus hat.

Gerade die curia regis wurde nun das hauptsächliche Organ für alle neue Bildungen. In ihr fand ebenso das Gemeinderecht, wie das Lehnrecht seinen Mittelpunkt, in welchem die verschiedenen Systeme des Gerichtsverfahrens sich bekämpfen und vermitteln konnten, während sie in Deutschland, eines solchen Mittelpunkts entbehrend, unvermittelt und unbeaufsichtigt nach verschiedenen Richtungen auseinanderliefen. Durch die curia regis blieb die fernere Entwicklung in Einheit gehalten; aber die Einheit, die von hier aus durchgeführt wurde, war nicht, wie in Frankreich, eine neue, von der Beamtenherrschaft getragene, daher einseitigen Inquisitionsgeist athmende, sondern eine volksthümliche, die Ansprüche des Königthums, des Adels und des Volks zugleich befriedigende, aus der bisherigen Entwicklung naturgemäß hervorgewachsene. Wie nun das Königthum selbst seine wesentliche Bedeutung in der Vertretung der Staatsidee und Staatseinheit hatte, so wurde auch die curia regis vornämlich das Organ für die Geltendmachung des wahren Begriffs von Verbrechen und Strafe und des damit zusammenhängenden Untersuchungsprinzips;[3] eben darum war die steigende Vermehrung ihrer Kompetenz (der placita coronae) und der Grundsatz so wichtig, daß auch solche Verbrechen, die den Grafschafts- und Baronengerichten noch vorbehalten geblieben waren, dann vor die curia regis gehören sollen, wenn die

[1] Bei v. Daniels §. 9. zeigt sich das verfehlte Bestreben, gerade diese Eigenthümlichkeiten der nationalen Entwicklung zu verwischen, und überdies Mittelalter und karolingische Zeit zu Einem Brei zusammenzurühren.

[2] Stein, S. 348 f. Lappenberg, II. 286 f.

[3] Reeves, I. 192. Spelman, p. 227.

Anklage auf Verletzung des Königsfriedens gerichtet wäre,[1] gleichwie die Thätigkeit dieses Gerichtshofs den natürlichen Anknüpfungspunkt für die Organisation des Rügeverfahrens darbot.

Vornämlich ist es bekanntlich jene eigenthümliche, durch das Institut der reisenden Richter[2] vermittelte, Expansibilität des königlichen Gerichtshofs, welche die Verbindung der von der königlichen Macht ausgehenden Gerichtsbarkeit mit volksthümlichen Institutionen möglich machte. Darin liegt auch die spezifische Eigenthümlichkeit dieses englischen Instituts im Vergleich mit den karolingischen Sendboten und anderen äußerlich ähnlichen Einrichtungen. Durch die reisenden Richter wurde der königliche Gerichtshof selbst als solcher im ganzen Reiche gegenwärtig, und erleichterte durch seinen Rechtsspruch an Ort und Stelle die Beibehaltung und zeitgemäße Umgestaltung des altherkömmlichen Gerichtsverfahrens. Insbesondere schloß sich daran die Assise und die Rügejury.

h) Die Assise.

Die Assise ist nichts Anderes, als die Versammlung der legales homines des bestimmten Sprengels, welche mit den Repräsentanten der curia regis zusammentritt, um ihnen bei der Ausübung der Rechtspflege an die Hand zu gehen.

Das Nächste war nun, daß der königliche Gerichtshof, wenn er so durch seine Repräsentanten an Ort und Stelle erschien, das altherkömmliche Beweisverfahren durch Zeugniß in Zivilsachen als gleichberechtigt neben dem Beweisverfahren durch Zweikampf anzuerkennen hatte. Denn nur von dem althergebrachten Nachbarzeugnisse ist vorerst die Rede; der Beklagte soll das Recht haben, entweder das Duell anzunehmen oder sich auf die magna assisa zu berufen und Rekognition zu erbitten. Die Fälle sind Streitigkeiten über Grundeigenthum und jüngsten Besitz.

Diese Rekognition ist nun aber noch keineswegs die Thätigkeit einer Jury, und es entsteht nur Verwirrung daraus, wenn man beides verwechselt,[3] oder wenn man zwar assisa und jurata auseinanderhält, aber doch nur äußerliche Unterschiede zwischen beiden angiebt und schließlich doch beide für analoge Bildungen erklärt.[4] Uebrigens erkennt wenig-

[1] Glanvilla, I. c. 1–4. Vgl. Bracton, III. 1. c. 5.
[2] Philipps, II. S. 50–60. Biener, Beitr. S. 241–244. 248–250.
[3] Wie v. Daniels.
[4] Wie Biener, Beitr. S. 255–267. Vgl. Philipps, II. S. 129 f.

stens Biener, indem er sich genau an Glanvilla hält, der assisa mit Recht die bloße Zeugnißqualität zu.[1] Nur übersieht er, daß die Idee des Gemeindezeugnisses, die ihm doch keineswegs fremd ist, von selbst zu einem weiteren Begriff des Zeugnisses, als ihn das römische Recht hat, führt. Glanvilla aber nimmt allerdings nicht den mindesten Anstand, auch diejenigen Zeugen zu nennen, welche von dem streitigen Gegenstand nicht per proprium visum et auditum, sondern per verba patrum suorum et per talia, quibus fidem tenentur habere ut propriis, Kunde haben;[2] und mit Recht, da dies nur eine erweiterte eigene Erfahrung ist, während Geschworene gerade keine eigene Erfahrung vom Streitgegenstande zu haben brauchen.

Das Nähere über die Rekognitionen kann als bekannt vorausgesetzt werden. Es werden magnae und parvae assisae unterschieden; jene beziehen sich auf die placita de proprietate, diese auf die placita de possessione.[3] Die Rekognitionen sind auf bestimmte Fälle beschränkt; der Beklagte hat betreffenden Falls ein breve de pace auszuwirken; auf Befehl der curia werden dann IV. legales milites de vicineto ernannt und von diesen in Gegenwart der Partheien XII. legales milites ad recognoscendum gewählt, wobei die Partheien ganz nach den gewöhnlichen Grundsätzen beim Zeugenbeweis rekusiren dürfen. Die Gewählten haben Augenschein einzunehmen; sie müssen sich über ihre materielle Wissenschaft um die Sache vor dem Richter ausweisen; wenn sie solches nicht können, werden andere genommen; ebenso wenn sie nicht Einer Meinung sind. Solang wird affortiirt, bis 12 ein einstimmiges Veredikt geben. Falschschwörende werden gestraft.

All dies zeigt auf's Deutlichste, daß es sich hier um nicht mehr und nicht weniger, als um ein Gemeindezeugniß handelte, welches eben nur als einstimmiges seinen Begriff erfüllte. Dafür zeugen insbesondere die Fälle, in welchen Rekognitionen zugelassen werden,[4] und gewisse Einwendungen, wodurch der Gegner die Rekognition abwenden kann, — Einwendungen, die darauf beruhen, daß in der betreffenden Sache

[1] Auch v. Daniels, S. 82 führt dies treffend aus.

[2] S. die Assisa Henr. Reg. bei Philipps II. S. 53—56. und Glanvilla, II. c. 5 f.

[3] Britton, c. 42.

[4] Glanvilla, II. 13. IV. 3. 6. IX. 1. 6.

ein Gemeindezeugniß überflüssig oder nicht möglich sei.[1] Warum Biener das veredictum vicineti bei Inzidentpunkten und die als solche Punkte eintretenden assisae de possessione als „uneigentliche" Rekognitionen aussondert, ist nicht abzusehen, da sie wesentlich ganz dasselbe sind, wie die „eigentlichen." Daß die Rekognitionen nur in Fällen stattfinden sollten, wo auch Duell stattfinden konnte,[2] erklärt sich einfach daraus, daß sie bei der curia regis eben nur als Surrogate des Duells zugelassen wurden. Besonders bezeichnend ist aber noch der Fall,[3] wo die Zwölfzahl nicht zusammenzubringen war. Man erkennt hier am deutlichsten, daß es sich wesentlich noch um materielle Wissenschaft handelte, da sonst die Verlegenheit nicht hätte entstehen können. Gewiß irrt Philipps,[4] wenn er meint, hier habe gleichwohl die Rekognition stattfinden können, da vielmehr Glanvilla offenbar für das Duell stimmt. Allerdings aber beförderte diese Verlegenheit die Ausbildung der Jury.

Die Rekognitionen des Tractatus de legibus sind nun, wie gesagt, nichts Anderes, als die Rekognitionen, wie wir sie auch in der Normandie finden. Was Biener[5] über einen Unterschied der enquêtes de établissements und de droit vorbringt, die der englischen assisa und jurata entsprechen, gleichwohl aber im normännischen Rechte sich völlig gleichstehen sollen, zeigt nur, daß ihm selbst der Unterschied zwischen Rekognition und Jury nicht klar ist. Die Fälle und die Formen sind vielmehr ganz dieselben, wie bei der englischen Assise.[6] Wo die Sache nicht gemeinkundig war, blieb die Rekognition ausgeschlossen.[7] Sie war gleichfalls das elektive Surrogat des Duells; die Rekognitoren mußten sich über materielle Wissenschaft ausweisen.[8] Waren sie nicht einstimmig, so konnte der Beklagte sich noch durch Zweikampf vertheidigen;[9]

[1] Glanvilla, XIII. 11. §. 3. 4. 6.

[2] Glanvilla, II. 19.

[3] Glanvilla, II. 21.

[4] Engl. R.G. II. S. 139. Vgl. Biener, Beitr. S. 259. n. 61. Gundermann, S. 58.

[5] Beitr. S. 266.

[6] Somma consuet. II. c. 29. §. 1. c. 34. §. 1. c. 39. §. 1. Et. de Norm. p. 20. 21. 53. 54. 56. 99. 101. 118. 120. 123. 126.

[7] Et. de Norm. p. 40.

[8] Et. de Norm. p. 18. 20.

[9] Somma II. c. 40. 41. Etabl. p. 75. 76.

nur bei gewissen begünstigten Sachen genügte es, wenn Neun einstimmig waren. Besonders aber gleichen sich auch die Institute darin, daß sie sichtlich ein Schutz sind, welchen die Staatsgewalt den Aermeren oder sonst Schutzbedürftigen gegen die Mächtigen und Reichen angedeihen läßt, mithin eine Opposition gegen die Allmacht des Feudalprinzips.[1]

Zu der Annahme, daß das eine Land vom andern geborgt habe, liegt übrigens kein Grund vor. In der Normandie stellt sich das Institut als Nachwirkung fränkischer Rechtsbildung dar, daher man auch die Hypothese des skandinavischen Ursprungs als gänzlich willkührlich bei Seite legen kann. Aber auch das englische Institut steht auf seinen eigenen Füßen: am wenigsten darf man in der Zwölfzahl etwas Neues suchen wollen; denn, abgesehen von der allgemeinen Verbreitung und dem so zu sagen kanonischen Ansehen dieser Zahl,[2] findet sie sich ja auch bei den Angelsachsen[3] längst vor der Eroberung sehr häufig in verschiedenen Beziehungen, namentlich auch in Beziehung auf Vertretung eines größeren Ganzen.[4] Die Hauptsache ist aber, daß das betreffende Institut und sein Verhältniß zum Zweikampf in beiden Ländern auf der gleichen allgemeinen Ursache beruhte, — nämlich auf dem Widerstand des alten Volksrechts gegen den Uebergriff des Lehenswesens.

i) Das Rügeverfahren.

Wie die Zivilassise, so schließt sich ferner auch die Organisation des Rügeverfahrens[5] an das Institut der reisenden Richter.[6] Auch hier beruht die Hauptsache in der eigenthümlichen Verbindung einer als wesentlich erkannten Staatsfunktion (der amtlichen Verfolgung der Verbrechen) mit einem volksthümlichen Elemente.

Der erste Ursprung der bestimmten Form läßt sich nicht erweisen. Biener sucht ihn in den Beschlüssen der Reichsversammlung von Cla-

[1] Et. de Norm. p. 8. 17. 63. Somma II. c. 34. §. 3. c. 43. §. 1. 3. 4. Vgl. v. Daniels, S. 58—64.

[2] S. Waitz, Verf.Gesch. I. S. 275 f. und die S. 276. n. 2 Angef.

[3] Palgrave, I. S. 118 f.

[4] Conc. Wanet. §. 9 (Schmid). L. Edov. Conf. Pr.

[5] Biener, Beitr. S. 269—275.

[6] Bekanntlich wurde übrigens das gleiche Verfahren auch beim turnus der vicecomites eingeführt. Britton, c. 29. Fleta, II. c. 52. Vgl. die Stat. bei Biener, S. 274.

rendon (1164); allein dagegen bemerkt v. Daniels[1] richtig, daß die betreffende Bestimmung einen andern Sinn habe, und vielmehr das fragliche Verfahren bei den weltlichen Gerichten schon als bestehend voraussetze. Da es indessen in den Gesetzen Wilhelms des Eroberers entschieden noch fehlt (s. o.), so ist anzunehmen, daß es sich nicht vor dem Anfange des 12. Jahrhunderts ausgebildet habe. In den Assisen bei Northampton (1176) stellt es sich vollkommen als Gegenstück der Rekognitionen bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten dar. Wenn die öffentliche Gewalt durch mala fama veranlaßt wird, gegen Jemanden einzuschreiten, gegen den kein Ankläger auftritt,[2] so soll über den Grund dieses Verdachts ein Gemeindezeugniß in derselben Weise erhoben werden, wie es bei der Rekognition geschah. Dies erhellt aus der forma procedendi in placitis coronae vom Jahr 1194 und den capitula plac. Cor. vom Jahr 1198.[3] Aus der Vergleichung der Assisen von Northampton und Bracton scheint nur soviel hervorzugehen, daß das Institut in fortwährender Ausbildung begriffen war, sofern früher über einen bereits Gerügten erst das Zeugniß von 12 milites oder 12 liberi et legales homines eingeholt, später aber das Rügen selbst zur Verpflichtung der Gemeinde gemacht wurde, so daß nun erst aus dem Verdickt der 12 milites die indictatio per famam patriae entstand.[4]

Diesen Unterschied hat Biener nicht erkannt, obwohl ihn die Vergleichung mit der Somma consuetud., von der er mit Recht sagt, daß sie „die bestimmte Form der Rügejury nicht habe," darauf hätte führen sollen. Er ist von Bedeutung, und Bieners weitere Ausführung leidet eben daran, daß er ihn nicht eingesehen hat. Seine fast zur communis opinio gewordene Ansicht ist nämlich, daß vor Heinrich III. keine Urtheilsjury vorkomme. Allein eben durch diese Ansicht hat er sich in den Fall gesetzt, mehrfach[5] gestehen zu müssen, daß ihm einzelne Bestimmungen räthselhaft bleiben. Hält man die Zeit Heinrichs II. und die Zeit Heinrichs III. und Eduards I. auseinander, so ergiebt sich ein anderes Resultat. Die 12 milites im Jahr 1176 und die jurata patriae bei Glanvilla sind keine bloße Rügejury, sie sind allerdings auch keine

[1] S. 69. Not. 7.

[2] Vgl. Glanvilla, XIV. c. 1—3.

[3] Spelman, p. 330. 340.

[4] Britton, c. 2. (p. 17 f. bei Honard.)

[5] S. besonders S. 278.

Urtheilsjury, — aber sie sind der Keim zu beiden; sie sind ein erst noch schwankendes, in der Ausbildung begriffenes Institut, ganz analog den 24 juratores in der Somma consuetudinum.

In England, wie in Frankreich, fieng das Untersuchungsprinzip an, sich immer stärker geltend zu machen.[1] Es fragte sich nur, durch welche Organe? Nun wurde schon oben darauf hingewiesen, wie England von Frankreich sich gerade dadurch unterscheide, daß dort die Gemeinde, hier das königliche Beamtenthum dieses Organ geworden sei. Gleichwohl zeigt das englische Recht Anläufe zum französischen, und dieses Anläufe zum englischen Verfahren; die Mitte zwischen beiden nimmt das Recht der Normandie ein.

Der unmittelbarste Ausdruck des Untersuchungsprinzips ist immer das Einschreiten und Untersuchen von Amtswegen durch eine Staatsbehörde. Es ist aber klar, daß eine solche Thätigkeit der Beamten in der Blüthe der Feudalzeit als etwas sehr Frembartiges und Widerliches erscheinen mußte, auch abgesehen von der rohen und tumultarischen Form in der sie sich zuerst geltend machte. Sie widerstrebte dem Geist des herrschenden Standes, der sich in dem Verfahren auf kämpfliche Ansprache ausdrückt; sie widerstrebte aber auch dem Geiste der freien Gemeinde, wo eine solche sich zu bilden anfieng, weil dieser die Uebertragung des Rügens auf die Gemeinde und die Betheiligung des Volks beim Verfahren forderte. Beides spricht sich aufs Deutlichste in dem berühmten Satze der Magna charta aus: Nullus liber homo capiatur etc., der ebenso in der Normandie, wie in England vorkommt.[2] Es spricht sich aber nicht minder deutlich in dem in England, wie in Frankreich, vorkommenden Satze aus, daß ein wahres Untersuchungsverfahren mit Erfolg nur dann stattfinden könne, wenn der Angeschuldigte demselben sich freiwillig unterwerfe (s'il se mettait en enquête). Daß nämlich auch in England ein solches Untersuchungsverfahren Praxis wurde, sagt Glanvilla sehr deutlich: tunc per multas et varias inquisitiones et interrogationes coram Justitiariis rei veritas inquiritur. Unfehlbar war es namentlich die Verhörung des Angeschuldigten selbst, was unerträglich schien, und was daher nur stattfinden sollte, wenn er sich selbst dazu verstände. Indessen konnte man sich doch wohl damit zurecht

[1] Leg. Henr. Pr. 66. Somma I. c. 7. Et. de St. Louis. II. c. 16.

[2] Charta pro lib. Norm. v. 1155. Magna Charta v. 1215. Biener, Zeitschr. f. d. R. XI. S. 62. v. Daniels, S. 79. n. 8.

finden, wenn nur die Inquisition in der Grenze der Achtung der freien Persönlichkeit blieb, wenn sie eben nichts weiter enthielt, als die Befragung des Angeschuldigten selbst und das Verhör von Zeugen, wenn dem Angeschuldigten hinsichtlich dieser das Rekusationsrecht zugestanden wurde, und wenn eben nur auf das Resultat dieser Vernehmungen hin geurtheilt werden durfte. Ganz anders jedoch, wenn die Inquisition weiter gieng. Hier nun ist der Punkt, wo französisches und englisches Recht sich scheiden. Das englische hat die gedachte Grenze nicht überschritten, ist sogar von ihr wieder zurückgewichen. Das französische dagegen ist weit über dieselbe hinausgegangen. Allein bis zu jenem Punkte sind beide im Wesentlichen sich ganz ähnlich.[1] Die loyal enquête ist dasselbe wie die inquisitio veritatis bei Glanvilla, d. h. die Idee des Gemeindezeugnisses auf Kriminalfälle angewandt. Hätte v. Daniels nicht die fixe Idee, auch hier eine Jury zu sehen, so könnte in diesem Punkte auf ihn verwiesen werden.

Im französischen Recht tritt allerdings die inquisitorische Thätigkeit der Beamten von Anfang an stärker hervor,[2] so auch in der Normandie; doch zeigt sich hier ein Uebergang zum englischen Recht, ein Ansatz zur Rügejury, wenn es heißt,[3] der vicecomes soll de malefactoribus diligenter et secreto inquirere; et quos super hoc facto secreto scrutinio per sacramentum plurimorum virorum fide dignorum nec suspectorum invenerit culpabiles, eos tamdiu tenere debet carceri mancipatos, quousque se publicae subjiciant inquisitioni vel quousque per legem fuerint liberati. Auch blieb es in der Normandie Gebrauch, ein- oder zweimal jährlich in jeder Vizegrafschaft Assisen zu halten, bei welchen Beschwerden wegen liederlicher Rechtspflege angebracht werden sollten;[4] auch hier war also die amtliche Einschreitung durch Rüge Seitens der Gerichtsuntergebenen vermittelt. Wenn dann aber dieser Keim sich nicht weiter entwickelte, so liegt der Grund nur darin, daß die Normandie die Freipflegen und die damit zusammenhängende Gemeindeorganisation nicht hatte und daß ihr Recht später dem allgemeinen Zuge des französischen Rechts folgen mußte.

Andererseits aber war auch die Thätigkeit der englischen Vicegrafen

[1] Dies hat Biener S. 196 nicht erkannt.
[2] Etabl. de St. Louis. II. 16.
[3] Somma consuet. I. 7. §. 1.
[4] Etabl. de Norm. p. 37. 38.

und Justitiarien ebensowohl eine inquisitorische, wie die capitula itineris hinlänglich zeigen.[1] Fand sich nun eine mauvaise renommée gegen Jemanden, so fragte sich, wie es damit zu halten sei? Offenbar mußte die Frage verschieden beantwortet werden, je nachdem man es mit der Konstatirung der mala fama hielt. Dies hat v. Daniels nicht erwogen, wenn er §. 13 das Verfahren in England und Frankreich als das gleiche behandelt. Er meint (nach Biener), die Sache sei überall einfach die gewesen: man habe den infamatus dem Ordal unterworfen, „als dem einzigen Mittel, welches sich der Reinigung im Kampfringe gleichstellen ließ;“[2] sofort seien aber die Ordalien in Frankreich und England durch den Einfluß der Kirche außer Gebrauch gekommen; daher sei nun Verlegenheit entstanden, was mit den wegen mala fama Eingesperrten zu machen sei? Als Auskunftsmittel hiefür habe man denn das Zeugniß der patria gebraucht. Allein dies ist so allgemein nicht richtig. In Frankreich allerdings finden wir bei dem Verfahren wegen mala fama die Beamten allein thätig;[3] von einer Betheiligung der Gemeinde bei Konstatirung der mauvaise renommée ist keine Rede, vielmehr erscheint der Beamte allein als Organ des Untersuchungsprinzips. Hier mag die Sache jenen Gang genommen haben. In den Etabl. de St. Louis[4] ist vom Ordal nicht mehr die Rede, vielmehr ruft die mauvaise renommée bereits die volle inquisitorische Thätigkeit des Beamten hervor, und das Einzige, was noch an das alte freie Recht erinnert, ist dies, daß der Angeschuldigte gefragt werden muß, ob er sich der enquête unterwerfen wolle, und daß im Bejahungsfall die Erhebung des Gemeindezeugnisses unter Mitwirkung des Angeschuldigten eintritt, deren Resultat denn zu Verurtheilung oder Freisprechung führt. Diese loyal enquête ist aber der letzte Rest eines verschwindenden Prinzips; denn hinter ihr steht schon der procès extraordinaire (die aprise), d. h. wenn der Angeschuldigte sich der enquête nicht unterwerfen will, so wird von Amtswegen trotz dem weiter verfahren, ohne seine

[1] Bracton, III. 1. c. 1. Vgl. Britton, c. 29. Fleta, II. c. 92.

[2] S. 38 meint er freilich umgekehrt, der Gebrauch des Duells habe zum alleinigen Reinigungseid geführt!

[3] Freilich brauchte es vielen Kampf, bis sich dies allgemein durchsetzen ließ; und einzelne Beschränkungen erhielten sich noch lang.

[4] Etabl. de St. Louis. II. 16. Vgl. Beaumanoir, c. 1. c. 40. §. 14—16. j. c. 30. §. 90. 91. Stein, S. 574—586. v. Daniels, §. 15.

Mitwirkung. Zwar wagt man solchenfalls erst noch nicht zum Tod zu verurtheilen; allein bei Beaumanoir ist man schon weniger skrupulös, man gestattet es, wenn 3 oder 4 Zeugen die That nahezu notorisch machen; [1] bald darauf trat dann die Folter hinzu.

Schon das normännische Recht hat eine sichtlich andere Farbe. Zwar erscheint auch hier der Beamte als der spezifische Träger des Untersuchungsprinzips; aber, wie schon angeführt, zeigt sich daneben eine gewisse Betheiligung des Volks und ein Ansatz zu Entwicklung einer Rügejury; [2] der freilich nicht weiter verfolgt wurde. Der infamatus muß sich dem Ordal unterwerfen; aber an die Stelle dessen kommt nach und nach die Inquisition und Verurtheilung auf Gemeindezeugniß auf. Unzweifelhaft ist nun dieser Uebergang demjenigen, der in England stattfand, analog; gleichwohl ist eine Verschiedenheit unverkennbar, sofern im normännischen Rechte das Hauptgewicht durchaus auf der inquisitorischen Thätigkeit des Beamten liegt, während in England gerade die andere, volksthümliche Seite des Verfahrens, wenn auch nicht ohne Kampf, die Oberhand gewann. Jenes zeigt sich am klarsten darin, daß es schon Fälle gab, in welchen auf reine Inquisition hin ein Strafurtheil erfolgen konnte. [4] Auch die Kampfklage ist im Interesse der Beförderung der Inquisition, bereits auf gewisse Voraussetzungen (leibliche Beweisung, Gerichtszeugniß rc.) beschränkt. [5]

Denselben Eindruck macht denn auch das fragliche Verfahren selbst. [6] Zwar ist noch ausdrücklich gesagt, daß die inquisitio nur mit Zustimmung des Angeschuldigten stattfinden dürfe; aber es ist schon dafür gesorgt, ihn zu dieser Zustimmung oder auch wohl zu einem Geständnisse durch penuria victus et potus zu zwingen. Zwar wird noch Jahr und Tag als das höchste erlaubte Maß der Gefangenhaltung angegeben; aber es wird bereits als eine von Vielen gebilligte Ansicht erwähnt, daß auch gegen den, welcher sich der inquisitio nicht unterwerfe, weiter inquirirt

[1] Hier ist immer noch Schwanken. Selbst der Inzichtprozeß kommt noch bei Bouteiller vor. Stein, S. 580.

[2] Auch die Sequela de multro setzte ein legitimum testimonium patriae voraus. Somma II. c. 9. §. 12. Vgl. II. c. 4. 5.

[3] Etabl. de Norm. p. 36. 119. Somma II. c. 10. §. 2. 3. Beides neben einander auch im schott. R. Reg. Maj. IV. 17. §. 1.

[4] Somma II. c. 2. §. 3.

[5] Somma II. c. 9. §. 1—5. 12. Vgl. II. c. 3. §. 10. 11. II. c. 4. 5, 6. 8.

[6] Somma II. c. 2. §. 13—18. c. 3. §. 1—8.

und ein Endurtheil darauf hin gefällt werden dürfe.[1] Nur das war dann weiterhin bestritten, ob, wenn kein entschiedenes Zeugniß über Schuld oder Unschuld erfolgt sei, der Ankläger auf das Duell rekurriren könne oder vielmehr müsse?[2] Man sieht hieraus, daß es auch im Fall der Anklage zur inquisitio kommen konnte, und von der zuletzt angeführten Ansicht wird als Grund angegeben, daß man durch die eventuelle Verpflichtung zum Duell falsas et detestabiles querelas abzuschneiden hoffe.[3] Offenbar ist man hier schon auf dem besten Wege zu der Entwicklung, wie sie bei Beaumanoir hervortritt. Es fehlt nur noch an dem eigentlichen Nerv der reinen Inquisition, der Folter.

Eben deshalb aber erscheint die jurata nur noch als antiqua consuetudo, nicht als zukunftskräftiges Element, sondern als Moment des absterbenden germanischen Volksrechts, daher eine einfache Zusammenstellung mit dem englischen Rechte keineswegs am Platze ist. Glanvilla spricht zwar auch von multae et variae inquisitiones; aber die Juratoren der Somma erscheinen schon ganz entschieden als Mittel zum Zweck der Inquisition, während sie in England eine selbständige Bedeutung als Vertreter der freien Gemeinde haben. Darin liegt der wesentliche innere Unterschied, der über der äußeren Aehnlichkeit nicht übersehen werden darf. Denn von einem Gemeindezeugnisse[4] handelt es sich allerdings in der Somma, wie im Tractatus. Es ist eine Inquisitio patriae; es werden solche gerufen, quos de multro aliquid scire praesumpserit vel ipsius aliquam notitiam habere, — veriores ac probiores homines et quos poterit invenire circa loca et in locis, in quibus factum fuerit maleficium, et ii insuper, qui facti creduntur percepisse veritatem, — legitimi homines juratores veritatem factorum et vitae ejus (des Bezüchtigten) cognoscentes etc. Nicht Wissende werden ausgeschlossen und andere assortiirt; der Beklagte darf rekusiren, und wenigstens 20 müssen ein einstimmiges Verdikt geben. Offenbar scheint durch diese ganze Bestimmung schon der Uebergang zum Begriffe des Zeugnisses im römischen Rechte durch.[5]

[1] Doch fragt sich, ob es nicht heißen muß si voluerit. Biener, S. 283. n. 58.

[2] Somma II. c. 3. §. 7. 8.

[3] Vgl. Stein, S. 576.

[4] AM. v. Daniels, S. 82. Not. 2, der aber auf die Zahl und die Einstimmigkeit nicht das gehörige Gewicht legt.

[5] Vgl. Stein, S. 578. Insoweit ist mit Daniels S. 82 übereinzustimmen.

Auch bei Glanvilla nun finden wir, wie gesagt, ein solches Gemeindezeugniß, aber — so wenig ausgebildet die Einrichtung auch noch ist, — doch mit wesentlichem Unterschiede. Zunächst ist eben darauf zurückzukommen, daß die Sache noch einen schillernden Charakter hat. Das Zeugniß erscheint bald[1] als bloße Konstatirung der mala fama (weshalb Biener darin die Funktion einer Rügejury sieht), bald[2] aber auch als ein Zeugniß, wodurch unmittelbar das Urtheil bestimmt wird. Da Biener[3] letzteres nicht zu läugnen vermag, so ist es sehr willkührlich von ihm, die Entstehung der Urtheilsjury erst unter Heinrich III. anzusetzen.

Hielte man sich an den Glanvilla allein, so wäre man fast befugt, das Verfahren für völlig identisch mit dem zuvor geschilderten normännischen zu nehmen. Denn VII. 16. sagt er: inquiri et probari per XII. etc., IX. 11. heißt es: qui per juratam ipsam convictus fuerit; XIV. 1. §. 2. steht bloß: si fama solummodo publica accusat, nicht, daß dies durch eine Rügejury geschehe, vielmehr wird die inquisitio erst als eine Folge der accusatio famae bezeichnet. Indessen sprechen andere Stellen, vor allen die angeführten Assisen (vgl. mit Leg. Guil. Conqu. 50.) doch wieder zu deutlich so, daß man den Ausspruch der XII. für die bloße Konstatirung der mala fama nehmen muß, in deren Folge der Bezüchtigte sich dem Ordal zu unterziehen hat. Und vom Ordal spricht auch Glanv. XIV. c. 1. §. 2. c. 3. §. 5.; ja die letztere Stelle erklärt den Ausdruck rectatus geradezu durch: si turba sequente fuerit in fuga comprehensus et hoc per juratam patriae fuerit in curia legitime testatum.

Man ersieht aus Allem diesem, daß dem Gemeindezeugniß ein bedeutendes Gewicht beigelegt wurde, daß man sich aber über das Maß seiner Kraft noch nicht gehörig klar geworden war. Daß es sich eben um ein Gemeindezeugniß handelt, mithin die entgegenstehende Ansicht von v. Daniels[4] für das englische Recht entschieden falsch ist, ergiebt sich augenscheinlich aus den angeführten Assisen, namentlich aus der Stelle: remaneat in regno, nisi retatus fuerit de murdro per commune comitatus et legalium militum patriae. Endlich ist auch noch die

[1] Ass. Henr. Reg. 1176.

[2] Glanvilla, VII. 16. IX. 11. Vgl. L. Edov. Conf. c. 38.

[3] Beitr. S. 277. 278.

[4] S. 82.

ausdrückliche Anknüpfung an den Fall der handhaften That bei Glanv. XIV. 3. §. 5.[1] nicht zu übersehen.

Halten wir uns also streng an die Quellen, so finden wir zu Heinrichs II. Zeit zwei Ansichten sich gegenüber stehen, was uns wahrlich nicht wundern darf, da es sich in jenem wichtigen Wendepunkte der Entwicklung geradezu um einen Prinzipienkampf, da es sich darum handelte, ob das Beamtenthum oder ob die Gemeinde der Träger des Untersuchungsprinzips werden, ob in England das rein inquisitorische Verfahren zur Geltung kommen sollte oder nicht. Auf der einen Seite sehen wir den bei mala fama inquirirenden Beamten im Vordergrund, ganz nach französischem Style (Gl. XIV. 1. §. 2.),[2] auf der andern Seite sehen wir dem Zeugniß der Gemeinde sogar schon die Kraft, geradezu das Urtheil zu bestimmen, beigelegt (Gl. VII. 16. IX. 11). Die mittlere Ansicht, die wir als die zur Herrschaft kommende anzusehen haben, giebt dem Gemeindezeugniß nur die Eigenschaft der Rüge, die aber den infamatus zum schwersten Beweise, zum Ordal nöthigt.[3] Daß diese Kraft auf der Idee der zeugenden Gemeinde ruht, geht aus der Vergleichung mit Leg. Guil. Conqu. 50. und L. Henr. Pr. 66. §. 8. hervor, wo bei der Rüge durch IV Männer und beim amtlichen Einschreiten des Beamten nur vom einfachen oder dreifachen Reinigungseide die Rede ist.

In der That war auch jene mittlere Ansicht die richtige, der germanischen Grundidee über den Beweis gemäßeste. Die andere, welche durch das Zeugniß der XII schon das Urtheil bestimmt werden ließ, war eine Antizipation und im Widerspruch mit dem Grundsatz, daß das materielle Zeugniß für sich in germanischem Sinn nie einen ausreichenden Beweis liefern kann. So lange der Ausspruch der XII also noch, wenigstens vorwiegend, ein Zeugniß war, mußte stets noch eine subjektive Bewährung hinzukommen; daher die Forderung des Ordals.[4] Die Rüge der XII stand daher dem verstärkten Voreid, der Kampfklage, dem juramentum frangens, der nicht mit allen Erfordernissen versehenen handhaften That gleich.[5]

Uebrigens liegt in den Quellen dieser Zeit in doppelter Beziehung

[1] Vgl. XIV. c. 6. §. 1. Bracton, III. 2. c. 22.

[2] Vgl. L. Henr. Pr. 66. §. 8.

[3] Biener, S. 278. Not. 40.

[4] Ebenso im schottischen Recht. (Ges. Wilhelms I. 1165—1214.)

[5] Biener S. 279 muß dies freilich eine auffallende Erscheinung nennen.

eine Vorbedeutung der späteren Entwicklung. Theils nämlich zeigt sich bereits ein Mißtrauen gegen die Beweiskraft des Ordals an,[1] indem die Assisen von 1176 sagen, daß ein vom ganzen Komitat wegen Mords u. dgl. Gerügter auch durch glückliche Ueberstehung des Ordals nicht ganz frei werden, sondern das Reich abschwören soll, — theils kündigt sich eben in dieser Bestimmung und in der bei Glanv. VII. 16. IX. 11. niedergelegten Ansicht die intensivere Bedeutung an, welche der Ausspruch der 12 Juratoren später erhalten sollte.

Vergleichen wir nun aber diesen Entwicklungsgang mit dem des normännischen und französischen Rechts, so stellt sich als das Eigenthümliche klar heraus, daß in England der Schwerpunkt sich eben nicht in der Thätigkeit der Beamten, sondern in dem Antheil der Gemeinde fixirt.

Den Grund hievon können wir nur in der oben gedachten Entwicklung der Freipflegen suchen, welche eine frühe organische Ausbildung des Gemeindelebens, und zwar gleichmäßig im ganzen Lande vermittelten, wie es in Frankreich und Deutschland nicht der Fall war. Die Verpflichtung der Zehntschaften, ihre angeklagten Mitglieder vor Gericht zu stellen und in einem gewissen Umfang für sie zu haften, oder aber sich von aller Mitschuld frei zu schwören, machte sie zum natürlichen, schon fertig dastehenden Organ des Rügeverfahrens, als das Untersuchungsprinzip bei steigender Macht des Königthums sich geltend zu machen anfieng. Vom polizeilichen Gesichtspunkt aus mußte sich dies ganz besonders in einer Zeit empfehlen, welcher es gerade an einem nur irgend brauchbaren Apparat für die Wirksamkeit polizeilicher Thätigkeit fast ganz gebrach. Nicht minder mußte es aber im Interesse der in der Ausbildung begriffenen Gemeinden selbst liegen, jene Stellung für sich zu gewinnen, die sie vor den Uebergriffen herrschaftlicher Beamtenwillkühr und Gewaltthätigkeit zu beschützen unfehlbar am besten geeignet war. Haben auch die deutschen und französischen Kommunen stets mit dem größten Eifer das Bestreben verfolgt, sich in der Rechtspflege von der landesherrlichen Vogtei unabhängig zu machen, so war wohl dasselbe Bestreben den englischen Gemeinden natürlich, die noch dazu den Vortheil hatten, ihre Existenz nicht erst Schritt für Schritt dem Lehensprinzip abkämpfen zu müssen. Wenn aber bei den deutschen Städten jenes Bestreben zur vollständigen staatlichen Selbstherrlichkeit führte, wenn die französischen Kom-

[1] Vgl. den Ausspruch von Guil. Rufus bei Biener, S. 282.

munen umgekehrt mit der Unterwerfung unter das Königthum auch die Unterwerfung unter das Beamtenthum und seine Herrschaft in der Rechtspflege sich gefallen lassen mußten, so gehen auch hier die englischen Gemeinden wieder den glücklichen Mittelweg, indem sie das Organ der zentralen Staatseinheit weder ganz verdrängen, noch von ihm unterworfen werden, sondern mit ihm sich in die öffentlichen Geschäfte theilen. Den Verpflichtungen, welche die Gemeinden durch die Einrichtung der Freipflegen übernahmen, entsprachen — wie oben dargestellt wurde — sehr wesentliche Rechte der Mitglieder. Wie die Gemeinde ihr Mitglied für den Staat verbürgte, so verbürgte sie es auch gegen ihn. Der Beamte sollte nicht das Recht haben, sich desselben zu bemächtigen, ehe seine Genossen ihren Ausspruch darüber gethan hätten.[1]

Auf dieser Grundlage wurde die Rügepflicht der Gemeinde nicht nur eine höchst wichtige und wirksame staatspolizeiliche Anstalt, sondern zugleich ein kostbarer Schutz der Freiheit. Sie wurde es aber gerade nur dadurch, daß die Gemeinde hiebei als solche in organischer Form auftrat; denn nur dadurch konnte der Uebergang des Gemeindezeugnisses in bloßes Privatzeugniß, wie wir ihn schon im Rechte der Normandie und noch mehr im französischen Rechte wahrnehmen, vermieden werden. Hiefür ist es nun von größter Wichtigkeit, daß die Freipflegen ihre verdächtigen Mitglieder selbst vor Gericht zu stellen und hierüber 12 Männer ihre Erklärung abzugeben hatten, nämlich der Vorsteher mit zwei seiner Genossen nebst den Vorstehern und je zwei Genossen der drei nächsten Friborge.[2] Diese XII hatten allerdings zunächst den Friborg selbst von der Mitschuld am begangenen Verbrechen und an der Flucht des angeklagten Verbrechers frei zu schwören. Aber es war nichts natürlicher, als daß nun, wo es darauf ankam, Verbrechen zu rügen, die noch nicht angeklagt waren, eben jene Vertreter[3] der Gemeinde (welche dieselbe im Fall der Nichtstellbarkeit des Verbrechers von der Haftverbindlichkeit für ihn frei zu schwören gehabt hätten) auch die Rügepflicht für sie übernahmen.

Eben dies geschah nun bei den Gerichtssitzungen der Vicecomites in den Hundertschaften, und der reisenden Richter in den Grafschaften.

[1] Fleta, I. c. 36. §. 16. 21.
[2] Leg. Edov. Conf. c. 20.
[3] Vielleicht auch die Vorsteher aller Friborge der Hundertschaft, XII meliores hundredi. Leg. Henr. Pr. c. 92. §. 13.

Mit Recht hebt Maurer[1] die ersteren als die Grundform heraus, da trotz der Charta Henr. II. von 1155. c. 14. 21. und der M. Charta von 1215. c. 22. 29. die Sheriffs noch immer fortfuhren, auch das Königsgericht zwei Mal im Jahr in einer zu ihrer Grafschaft gehörigen Hundertschaft zu halten.[2] Sie verbanden damit die Freipflegeschau, d. h. die Erkundigung nach der Beobachtung des Landfriedens und der Vollzähligkeit der hiemit innigst verbundenen Zehntschaften selbst;[3] und eben hieran schloß sich ganz natürlich das Rügeverfahren, welches Fleta II. 52. und Britton c. 29. beschreiben, und dessen Bedeutung Maurer richtig dahin angiebt, daß erst nach der Erklärung der Rügegeschworenen, den Angeschuldigten aus der Freipflege auszuliefern, gegen diesen weiter habe eingeschritten werden dürfen. Nur erscheint seine Darstellung, — abgesehen davon, daß sie den innerlichen Hergang der Entwicklung der Jury nicht gehörig berücksichtigt — insofern entweder unklar oder unrichtig, als er eine doppelte Rügejury,[4] nämlich eine die Rügen vorbringende, und eine dieselben prüfende anzunehmen scheint, wie er denn auch zwischen der Zeit des Glanvilla und Eduards I. nicht gehörig unterscheidet.

Um so wichtiger ist, was er §. 15. hervorhebt, — daß dem gesammten System der Freibürgschaft (dem Gemeinderecht) das System der Herrenbürgschaft[5] gegenüberstand, jedoch keineswegs feindlich, sondern so, daß beide ruhig neben einander hergiengen und sich in Hauptpunkten berührten und gegenseitig ergänzten. Geistliche und weltliche große Grundherrn und Ritter waren von der Aufnahme in die Zehntschaften befreit, vielmehr berechtigt, ihre hohe und niedere Dienerschaft unter ihrer eigenen Freibürgschaft zu haben (ihr den Gemeindeschutz zu ersetzen[6]). Ihre Grundherrschaften waren daher eben solche Immunitäten, wie die Freipflegen, und es stand ihnen die Freipflegeschau zu, wie den Sheriffs. Allein die frühe Macht des Königthums hat sich auch gegen die Grundherrn

[1] Freipflege. §. 11—13. 15.

[2] Fleta, II. c. 52. Britton, c. 29. Statuten bei Biener, S. 273. 274.

[3] M. Charta. 1225. Fleta, II. c. 52. §. 2.

[4] Bei Hornes (Honard, Traités IV. p. 527—532) kommt etwas dergleichen vor, aber in anderem Sinn.

[5] L. Henr. Pr. 6 (von Gundermann S. 23. Not. mißverstanden).

[6] Leg. Edov. Conf. c. 21. Fleta, I. c. 27. §. 3. II. c. 52. §. 7. Vgl. Leg. Guil. Conqu. I. 49 (Schmid).

zu behaupten und ihre Rechtspflege sehr wesentlich zu Gunsten der Krone zu beschränken gewußt. Bei allen placita coronae durften daher ihre Gerichte nicht erkennen, sondern mußten den Angeschuldigten an die königlichen Beamten ausliefern oder vor den königlichen Gerichten vertreten, eben wie es von den Gemeinden hinsichtlich ihrer Angehörigen geschah. Dies ist der Grund, warum bei den Assisen die Ritter neben den Genossen der Freipflegen zu erscheinen hatten, und warum sie an der Vertretung der gesammten Grafschaft vor den reisenden Richtern zugleich mit den letzteren Antheil erhielten.

Daß in Beziehung auf das Maß dieses Antheils viele Schwankungen vorkamen, darf nicht Wunder nehmen. Es handelte sich hier um das Recht des Adels und des Bürgerstandes; die Ansprüche der rivalisirenden Stände konnten sich aber in der Sphäre der Rechtspflege ebenso wenig auf einmal ausgleichen, als im Parlament. Außerdem wirkte aber noch ein anderes Moment ein, — die allmälige Umwandlung der Zeugen in Geschworene, was sich daran zu erkennen giebt, daß mit der Zeit das Erforderniß der Nachbarschaft weniger streng genommen oder gar nicht mehr beachtet wird.[1]

Unzweifelhaft geht durch alle diese Schwankungen der Gedanke der Vertretung eines größeren oder kleineren Ganzen, des Komitats, der Hundertschaft, des einzelnen Friborgs hindurch. Wenn die Sheriffs den ganzen Komitat vorladen, so berufen sie omnes episcopos, comites, barones, milites et libere tenentes de tota balliva sua et de qualibet villa IV legales homines et praepositum et de quolibet burgo XII legales burgenses.[2] Vorrechte des Adels sind hiebei ganz natürlich; daher die Wahl der Vertreter immer zunächst damit beginnt, daß der Sheriff 2 oder 4 Ritter aus der Grafschaft, oder 2 oder 4 Ritter aus jedem Hundert ernennt, welche dann erst die unmittelbar thätigen Vertreter zu wählen haben. Der von Maurer angenommene Zusammenhang mit den 12 Thanen des Conc. Wanet. mag dahingestellt bleiben. Die weitere Wahl ist aber nach einigen Stellen gleichfalls zunächst aus der Ritterschaft und nur in subsidium aus den Gemeinfreien[3] vorzunehmen, während nach andern aus beiden Klassen gewählt werden kann.[4]

[1] Fleta, I. c. 18. §. 2. 4. 21. 22. c. 19. §. 1. 7.
[2] Bracton, III. 1. c. 11. §. 6. Britton, c. 2. p. 16. 18. Fleta, I. 19.
[3] Assisae v. 1176. Forma proc. 1194 bei Spelman p. 330.
[4] Plac. 1241 (Houard. III. 46).

Bald sollen dann jene Vier zunächst wieder aus jeder Hundertschaft 2 Ritter, und diese dann 10 weitere Ritter oder Gemeinfreie hinzuwählen;[1] — bald wählen die Vier unmittelbar aus jedem Hundert 12 Ritter oder Gemeinfreie, oder auch überhaupt 12 meliores.[2]

Wenn übrigens Maurer[3] bei diesen Juratoren, welche die Rügepflicht für die Gemeinde ausüben, ein Rekusationsrecht anzunehmen scheint, so ist dies wohl unbegründet (er meint aber vielleicht die Urtheiler). Nur so lang das Institut (s. o.) selbst noch ganz unreif zwischen Rüge und urtheilbestimmendem Zeugniß schwankte, konnte es vorkommen. Für England ist aber gerade das charakteristisch, daß beide Funktionen sich sehr bestimmt schieden.

Die verschiedenen Erscheinungsweisen des Instituts zu Heinrichs II. Zeit sind von Gundermann nicht unbemerkt geblieben. Aber er zieht Folgerungen daraus, die sich keineswegs rechtfertigen lassen. Mit Recht zwar erklärt er sich gegen die durch Biener verbreitete Ansicht von Reeves, welche jenen Doppelsinn ganz unberücksichtigt läßt. Aber er selbst läßt sich viel zu weit fortreißen, wenn er zu Glanvilla's Zeit die Entwicklung der Jury schon als vollendet annimmt.

Ihm ist nämlich das Institut zu dieser Zeit Rüge- und Urtheilsjury zugleich, und die weitere Entwicklung hätte nur noch die Aufgabe gehabt, beide Juryformen aus einander zu setzen. Wie nah dies an der Wahrheit vorüber streift, leuchtet ein. Aber offenbar sieht G. in dem Institute, wie es zu jener Zeit auftrat, schon viel zu viel. Die Rüge der 12 Vertreter der Gemeinde vergleicht er zwar richtig mit dem juramentum triplex oder frangens. Aber mit Unrecht tadelt er Biener, der darauf besteht, daß die Rüge denn doch den Gerügten nur zum Ordal verpflichtete. Dies soll nach G. blos eine Appellation und die Rüge eine Verurtheilung in erster Instanz gewesen sein. Allein hierin liegt eine bedeutende Verwechslung der Begriffe. Nicht minder in der wiederholten Behauptung, daß durch die Rüge die That handhaft geworden sei. Denn gegen handhafte That galt schlechthin kein Beweis mehr, auch nicht durch Ordal, wie dies auch Bracton ausdrücklich sagt.[4]

[1] Forma proced. 1194 bei Spelm. p. 330.

[2] Fleta, I. c. 18. §. 4. c. 19. §. 4. Plac. v. 1241 bei Houard. III. 46.

[3] S. 49. Vgl. dagegen Biener, S. 273.

[4] III. 2. c. 22. §. 1. c. 24. 32. Vgl. c. 18. §. 4. c. 29. §. 2. Britton, c. 5. p. 26. 27. c. 22. p. 71. Fleta, I. 31. §. 2. 36. §. 1.

Gerade nur aber in dem fortwährenden Mißbrauch des Begriffs der handhaften That ruht Gundermanns ganze Ansicht.

Handhafte That und Geständniß[1] schlossen allen Beweis aus, machten jede Beweisführung überflüssig. Aller Beweis (also auch durch Jury) bezieht sich nur auf Fälle, wo die That nicht handhaft war. Nun ist es ganz richtig, daß sowohl das Rügeverfahren, als später der Jurybeweis, sich an die Fälle anschlossen, welche der Handhaftigkeit der That sich näherten,[2] ohne doch alle Erforderniße derselben zu haben, — eben wie dies auch mit dem Beweis durch Zweikampf der Fall ist. Aber vor Allem muß gerade der Satz festgehalten werden, daß handhafte That den Beweis ausschließt, mithin bei Beweis nie von handhafter That die Rede sein kann. Wenn ferner angenommen wird, daß schon zu Heinrichs II. Zeit das Beweisverfahren so weit entwickelt gewesen sein müsse, daß die Juratoren auf anderweitig vorhandene materielle Beweise hin als Eidhelfer hätten schwören können, so wird der Beweis dafür nicht geliefert. Das einzige Positive, was dafür angeführt werden könnte, sind die zwei Fälle bei Glanv. VII. 16. IX. 11 (s. o.). Die Berufung auf Glanv. XIV. c. 1. §. 2. und auf Reg. maj. IV. c. 21. §. 1. ist nicht stichhaltig. Denn auch da, wo noch das reine Eidhelfersystem galt, fehlte es wohl in sehr vielen Fällen nicht an materiellen Zeugen, deren Aussage mittelbaren Einfluß hatte; wenn aber dies schon das Kriterium des Daseins der Jury sein sollte, so müßte diese zum Mindesten schon in der lex Salica gesucht werden.

Im Gegentheil aber zeigt das für die Juratoren zu Glanvilla's Zeit angegebene Erforderniß eigener unmittelbarer oder mittelbarer, materieller Wissenschaft um die Sache auf's Bündigste, daß in dieser Zeit die Aussage derselben durchaus noch die Natur des Zeugnisses hat, daß mithin in diesem Punkte die Ansicht von Reeves (Biener, v. Daniels rc.) durchaus in ihrem Rechte ist. Allerdings ist[3] der Begriff des germanischen Zeugnisses selbst ein so weiter, daß er sehr leicht in den der bloßen Eidhilfe übergehen kann. Aber dieser Uebergang ist zu

[1] Bracton, III. 2. c. 18. §. 1. Fleta, I. 31. §. 1.

[2] Daher auch der Eid, den bei Ankunft der Justitiare alle Leute über 15 Jahren schwören müssen, alle Verbrecher auf erhobenes Gerüft mit Eifer zu verfolgen rc. Vgl. Bracton, III. 2. c. 10.

[3] Nur dies erhellt auch aus Glanvilla. Was Gundermann S. 57 sagt, widerlegt sich von selbst durch das gleich darauf Folgende.

Heinrichs II. Zeit noch nicht nachzuweisen, und die Stellen in Betreff des Wuchers und der purpraestura[1] (Glanv. VII. 16. IX. 11.) lassen sich daher nur auf die oben angegebene Weise erklären.

k) Das Untersuchungsprinzip.

Die bisherige Entwicklung hat uns ergeben: einerseits schon in angelsächsischer Zeit eine eigenthümliche Reform des Eidhelferbeweises, nämlich nicht allein die auch sonst vorkommende Vermehrung der Zahl und theilweise oder ganz dem Kläger oder Richter überlassene Auswahl der Reinigungseidhelfer, wobei das namhaft gemachte Erforderniß der Nachbarschaft das Motiv der Ermittlung der objektiven Wahrheit ausspricht, sondern noch außerdem die das Kampfverfahren vertretende, eigenthümliche Entwicklung des klägerischen Voreids zum Eideswettkampf und zur dreifachen Anklage, wodurch der Beklagte des Reinigungseides verlustig und zum Beweis durch das Ordal genöthigt wird, — eine Entwicklung, die sich, eben wie das Duellverfahren, an diejenigen Fälle anschließt, in welchen es an der Handhaftigkeit fehlt, aber doch das eine oder andere Erforderniß derselben vorhanden ist;[2] — andrerseits eine gleichfalls schon in angelsächsischer Zeit begründete, jedoch erst nach der Eroberung im Gegensatz gegen das Feudalprinzip und unter dem Einfluß des Königthums zu eigenthümlicher Gestaltung herangereifte Entwicklung des Gemeindezeugnisses im bürgerlichen Prozeß, wodurch sich (in den Assisen) eine ähnliche Vertretung der Gemeinde für strafprozessualische Funktionen vorbereitete, die an den beiden alten Bürgschaftssystemen, der Herrenbürgschaft und der gegenseitigen Bürgschaft der Gemeinfreien, die Grundlage zu einer eigenthümlichen und festen Organisation fand.

Mit den Normannen war nun das Beweisverfahren durch Zweikampf in England einheimisch geworden, das im Wesentlichen dieselbe Bedeutung hatte, wie das Verfahren mit ernannten Eidhelfern oder mit Voreid und juramentum frangens, sofern es gleichfalls den einfachen Reinigungseid ausschloß, ein gemeinschaftliches Beweismittel darbot und das Streben nach Ermittlung der objektiven Wahrheit zum Motiv hatte, überdies aber das Ordal, welches auf den dreifachen Voreid oder das juramentum frangens zu folgen hatte, in sich schloß. Dieses neue

[1] Vgl. Reg. maj. II. c. 74. §. 4. c. 54. §. 3.
[2] Vgl. Wilda, Verh. der Germ. S. 253. 254.

Beweisverfahren wurde dem englischen Volke auf eine Weise aufgedrungen, die jedenfalls den Adel nöthigen mußte, es sich anzueignen, daher es auch in der curia regis entschieden die Regel bildete. Nicht ebensosehr war dies jedoch in den Grafschaften der Fall, wofür ausser den Privilegien der Geistlichkeit und der Städte namentlich der Umstand spricht, daß auch nach Einführung des Instituts der reisenden Richter, welche die curia und ihr Recht vertraten, der alte Turnus der vicecomites, in welchem ohne Zweifel das herkömmliche Recht die Oberhand hatte, so lange noch fortdauerte. Nicht nur aber im Geistlichen- und Bürgerstande war das Kampfverfahren unpopulär, sondern es muß dies schon 100 Jahre nach der Eroberung auch beim Adel geworden sein, da die Rekognitionen als ein regale beneficium bezeichnet werden, das de consensu procerum eingeführt worden sei. Das erklärt sich daraus, daß schon in der Normandie die Rekognitionen als Surrogat des Duells nach alter fränkischer Rechtssitte im Gebrauch geblieben waren, noch mehr aber aus der eigenthümlichen sozialen und politischen Entwicklung Englands, welche Lehenswesen und Bürgerthum nicht in den schroffen Gegensatz aus einander treten ließ, wie anderswo. Wie nun im bürgerlichen Prozesse das Gemeindezeugniß dem lehenrechtlichen Beweisverfahren den Boden abzugraben anfängt, so macht sich zur gleichen Zeit (Heinrichs II.) die Gemeinde auch in der Sphäre des Strafverfahrens geltend, indem sie für das mit der steigenden Macht des Königthums zur Herrschaft gelangende Untersuchungsprinzip sich selbst als Organ durchsetzt und die Rügepflicht im öffentlichen Interesse übernimmt, wozu freilich [1] wieder schon in angelsächsischer Zeit nach Form und Inhalt vorgearbeitet war.

Weder die Rekognitionen, noch die Rügen sind jedoch Juryfunktionen; beides fällt vielmehr unter den Begriff des Zeugnisses, [2] und zwar des Gemeindezeugnisses, welches in bürgerlichen Rechtssachen unmittelbar das Urtheil bestimmt, nicht aber eben so allgemein in Strafsachen, wo nur in der Form des Gerichtszeugnisses (der handhaften That) das Gleiche der Fall ist. Die Rüge ist daher noch nicht Beweis; sie steht der kämpflichen Ansprache, dem dreifachen Voreid, dem juramentum frangens

[1] Dies ist denn auch die relative Wahrheit in der Darstellung von **Michelsen**, S. 166 f.

[2] Daher die convictio (attainte) wegen falschen Schwurs. **Glanv.** II. 19. Vgl. **Bracton**, IV. 5. c. 3—8. **Britton**, c. 51. 97. **Fleta**, IV. 1. §. 7. IV. 17. V. 16. und **Bracton**, III. 2. c. 1. §. 3. **Britton**, c. 4. p. 22.

gleich, indem sie eben nur den Gerügten zum stärksten Beweis, zum Ordal nöthigt, — ganz dem Grundprinzip des germanischen Rechts gemäß, welches kein materielles Zeugniß für sich zum Beweise hinreichen läßt, sondern stets noch eine subjektive Bewährung verlangt, welche hier eben durch das Ordal geliefert wird.

Der weitere Verlauf der Entwicklung dreht sich nun in der gewöhnlichen Darstellung[1] um drei Thatsachen: das Abkommen des Ordals, das Aufkommen des Beweises durch XII Juratoren und die Uebertragung dieses Beweises auch auf das Anklageverfahren. Allein noch wichtiger ist es, die Verbindungsglieder zu erkennen, welche diese Thatsachen zusammenhalten.

Thatsache ist allerdings zunächst das Abkommen des Ordals,[2] was in England, wie in Frankreich und den skandinavischen Reichen dem Einfluß der Kirche zuzuschreiben ist, und im Laufe des 13ten Jahrhunderts vor sich geht. In England ist der Zeitpunkt genau anzugeben (1219[3]), während die Angaben über die skandinavischen Reiche zum Theil schwankend sind. Auch wirkte das Conc. Lateran. hier früher ein, als in Island, Norwegen, Schweden und vielleicht auch Dänemark. Dagegen ist die Wirkung in England und in den skandinavischen Reichen allerdings dieselbe, indem überall an die Stelle des Ordalbeweises der Beweis durch Wahrspruch tritt,[4] woraus man nur freilich nicht[5] sofort auf die Identität der nordischen Nämnden mit den englischen Juratoren schließen darf. Bleiben wir nun bei England stehen, so ist zunächst zu untersuchen, in wiefern durch die Abschaffung des Ordals im bestehenden Beweisrecht eine Lücke entstand.

Es geschah in zweifacher Beziehung, da das Ordal selbst die doppelte Bedeutung gehabt hatte, die Wahrheit sowohl objektiv, als subjektiv zu garantiren. Zwar war in beiden Beziehungen die, wohl schon früher in der öffentlichen Meinung wankend gewordene, Beweiskraft des Ordals

[1] Biener, Beitr. S. 281—299. Abh. 2. S. 124 f. v. Daniels, §. 13. 14. Michelsen, S. 177 f.

[2] Wilda, allg. Encykl. v. Ordalien. S. 485. 486. Kolderup-Rosenvinge, D. de usu juram. I. 29. 30. Grundriß. §. 73. a. v. Daniels, S. 68.

[3] WO. Heinrichs III. bei Spelm. p. 415. Vgl. ebend. p. 308. Ueber Schottland Biener, S. 284. 285.

[4] Wilda, Verh. d. Germ. S. 254.

[5] Wie Michelsen, S. 158 f.

durch den dreifachen Voreid, durch die Rüge und die in beiden Fällen vorausgesetzte theilweise Bescheinigung des Sachverhalts unterstützt worden; gleichwohl zeigt eben die Beibehaltung des Ordals, daß dies Alles nicht als ausreichend zum Beweise angesehen wurde und daher durch die Aufhebung desselben eine Lücke entstand, die man anderweitig auszufüllen suchen mußte. Hier war nun nichts natürlicher, als daß die Staatsgewalt, die das Untersuchungsprinzip zu vertreten hatte, ihr Augenmerk vornämlich auf die Herstellung der materiellen Wahrheit richtete, der rechtsbildende Volksgeist dagegen die andere Seite vertrat und die Nothwendigkeit der subjektiven Bewährung des Resultats objektiver Erforschung zu wahren suchte. Nur aus dem Zusammenwirken und wechselseitigen Sichergänzen beider Tendenzen gieng das Institut der Jury hervor, was nach den schon mehrfach eingeflochtenen Vergleichungen mit der Entwicklung in Frankreich und Deutschland einleuchtend sein wird.

Schon oben wurde bemerklich gemacht, daß die vermeintliche Jury der Normandie [1] in der That diesen Namen nicht verdiene, daß vielmehr das Gemeindezeugniß hier schon ganz auf dem Sprung stehe, in bloßes Privatzeugniß überzugehen, wie sich dieser Uebergang im französischen Recht deutlich kund giebt und im deutschen Rechte oben nachgewiesen wurde. Diese Verwandlung hängt auf's Innigste mit dem wachsenden Hervortreten der Untersuchungsmaxime und dem einseitigen Streben nach Erhebung der materiellen Wahrheit zusammen.

Unfehlbar mußte dieselbe Richtung auch in England hervortreten; und, daß dies geschah, bezeugt Glanv. XIV. 1. §. 2. sehr deutlich, vgl. mit VII. 16. und IX. 11.; vielleicht noch stärker tritt dasselbe im schottischen Recht hervor, [2] wo überhaupt das Klagen von Amtswegen ausgebildeter erscheint. Hiedurch gerieth das englische Beweisrecht in die Gefahr, ebenso wie das deutsche und französische, von der einseitig durchgeführten Inquisitionsmaxime überwältigt und dem Systeme des kanonischen Rechts zum Opfer gebracht werden, welches seit der Trennung der geistlichen Gerichte von den weltlichen auch in England in seiner reinen Eigenthümlichkeit in's Leben zu treten und auf die weltliche Rechtspflege zurückzuwirken anfieng. [3] Dieser Gefahr wurde jedoch gerade durch die bereits gewonnene selbständige Organisation der Volksvertretung in der Rechts-

[1] Vgl. v. Daniels, S. 82.
[2] Reg. Maj. II. 54. §. 3. II. 74. §. 4. IV. 28.
[3] Philipps, engl. R.G. II. S. 289.

pflege vorgebeugt, indem diese die einmal erworbene Stellung zu behaupten und den allmälig sich läuternden Ansichten über die Erfordernisse des gerichtlichen Beweises immer wieder anzupassen wußte.

Wir sehen daher in England das Gemeinbezeugniß sich nicht zum Privatzeugnisse als bloßem Inquisitionsmittel auseinander bröckeln. Vielmehr beharrt es in seiner konsistenten Form, die es in den Civilassisen und beim Rügeverfahren gewonnen hat. Die Lücke, welche durch den Ausfall des Ordals entstand, konnte daher nur durch die Uebertragung dieses Gemeinbezeugnisses auf den strafprozessualischen Beweis ausgefüllt werden. Die Staatsgewalt scheint nicht gern hieran gegangen zu sein; die VO. von 1219 schreibt vielmehr vor, schwer Gravirte sollen im Kerker verwahrt werden, geringer Gravirte das Reich abschwören, unbedeutend Gravirte soll man gegen Kaution entlassen. Man sieht, wie nur ein kleiner Schritt übrig war, um die aprise oder enquête d'office eintreten zu lassen. Allein sie fügte sich in die Aushilfe, welche das Volksrecht darbot, indem es den Gebrauch der loyal enquête auch für Strafsachen auf die Bahn brachte,[1] oder — um in der englischen Rechtssprache zu reden — dem Gerügten das Recht vindizirte, daß er sich (freiwillig) super patriam ponere, d. h. auf das Zeugniß der Gemeinde berufen und damit aller willkührlichen Behandlung von Seiten der Staatsgewalt entziehen dürfe. Diese Aushilfe kam auch ganz zur Zeit,[2] da wir schon im Jahr 1221 die neue Einrichtung (12 Juratoren als Beweisende, und 24 Nachprüfende) in's Leben getreten, ja sogar bald darauf dasselbe auch auf das Anklageverfahren übergetragen finden.[3]

Gleichwohl hörte mit dieser Konzession die inquisitorische Tendenz der Staatsgewalt nicht auf; sie nahm nur eine andere Richtung, und es ist bekannt genug,[4] daß sie in späterer Zeit sich sogar zu einem ganz einseitigen Hervortreten zusammengenommen und das schon fertige Institut der Jury wieder in Frage gestellt hat. Vorerst jedoch diente diese Entwicklung der königlichen Macht wesentlich zur Beförderung der Ausbildung des volksthümlichen Instituts. Die Aufstellung des Begriffs der placita coronae, die Wirksamkeit der curia regis und der reisenden Richter

[1] Vgl. Somma Consuet. Norm. II. 2. 10.

[2] Reeves, II. c. 9. p. 136. Bracton, III. 2. c. 21. §. ult.

[3] Plac. abbrev. p. 104.

[4] Biener, Zeitschr. f. deutsch. R. XI. S. 56. 57. v. Steman, S. 10. 11.

sind in dieser Beziehung bereits gewürdigt. Es gehört dahin ferner die 1194 zuerst hervortretende Einrichtung der Coronatores, deren Hauptgeschäft, die Nachforschung über vorgefallene Tödtungen, alsbald wieder die Erhebung eines Gemeindezeugnisses mittelst Zusammenberufung der nächsten Gemeinden zur Folge hat. Sie treten durchaus als Untersuchungsbeamte auf (so namentlich bei der Englisheria, bei der Occultatio thesauri etc.[2]). Besonders wichtig aber war die Einführung des Untersuchungsprinzips in das Anklageverfahren, wenn die Anklage wegen Mangels in der Form oder Sache ungiltig war, indem nun auf die in der Anklage gegründete Präsumtion hin ex officio et pro pace regis ad inquisitionem vorgeschritten werden sollte, wie bei einem indictamentum (Rüge). Denn gegen diese secta regis konnte der Beklagte sich nur auf die patria berufen, quia rex non pugnat nec alium habet campionem quam patriam,[3] — eine Formel, die deutlich zeigt, wie Königthum und Gemeinderecht in England nicht in feindlichem Gegensatz standen, sondern unter dem höheren Begriffe des Staats zusammenwirkende Momente bildeten. Aber auch wenn die Kampfklage nicht ungiltig und der Kampf vom Beklagten angenommen war, hatte doch die Kurie wenigstens von Amtswegen zu untersuchen, ob der Ankläger alle Formen beobachtet hatte, und verneinenden Falls das Duell nicht zuzulassen;[4] ja noch mehr, selbst gegen den im Duell siegreichen Beklagten wurden gleichwohl noch Sicherungsmittel oder sogar secta regis für zulässig erachtet.[5]

Wenn aber in den angeführten Weisen die inquisitorische Tendenz des Königthums dem Gemeindezeugnisse in Strafsachen indirekt sehr förderlich war, so verfehlte sie auch nicht, innerhalb seiner eigenen Sphäre sich geltend zu machen. So hatten denn schon den 12 Rügegeschworenen gegenüber die reisenden Richter die Befugniß, bei irgend einem Zweifel sie über die Gründe ihrer Rüge genau zu vernehmen.[6] Dies hätte

[1] Spelman, p. 308. 309. 331. Biener, Beitr. S. 279. 280.

[2] Bracton, III. 2. c. 5—8. 12. §. 2. c. 15. §. 6. 7. Fleta, I. 18. 25. Britton, c. 1.

[3] Bracton, III. 2. c. 19. §. 10. 13. c. 20. 21. §. 11. Fleta, I. 32. §. 2—24. 39. Britton, c. 22. p. 73. 74. c. 23. p. 77. Biener, S. 287. 288.

[4] Bracton, III. 2. c. 18. §. 3. c. 19. §. 6. Fleta, I. 32. §. 28. Britton, c. 22. p. 74.

[5] Bracton, III. 2. c. 18. §. 4. Fleta, I. 32. §. 26. 39.

[6] Bracton, III. 2. c. 22. §. 2. Fleta, I. 32. §. 41. 42.

abermals leicht die ganze Zukunft des Instituts abschneiden können, wenn nicht wiederum der Volksgeist durch die Trennung der Urtheilsgeschworenen von den Rügegeschworenen sich geholfen hätte. Denn nicht allein bei Zweifeln über das Indiktment, sondern auch fernerhin sollten die reisenden Richter das Recht haben, die Geschworenen, wenn sie nicht einig werden könnten, zu trennen, sie einzeln zu vernehmen und die Verdächtigen auszumerzen. [1] Ja, selbst wenn ein entschiedenes Verdikt abgegeben ist, können sie, wenn sie Bedenklichkeiten finden, die Geschworenen getrennt und speziell über die Gründe ihres Wahrspruchs verhören. [2]

Von besondrer Wichtigkeit ist aber das Verfahren, welches eintrat, wenn der Beklagte sich der enquête loyale nicht unterwerfen wollte. Nach französischem Rechte trat sofort die enquête d'office ein, welche bald die Tortur in ihre Dienste nahm. Im englischen Rechte zeigt sich dagegen das volksthümliche Institut stark genug, um sich auch in diesem kritischen Falle zu behaupten. Nach einer Nachricht bei Reeves [3] wurden auch in diesem Fall **12** Juratoren ernannt, deren Verdikt von **24** nachgeprüft werden mußte. Indessen scheint dies nicht allgemein Anerkennung gefunden, sondern die Ansichten geschwankt zu haben, ob der Beklagte zur Erklärung zu zwingen oder als indefensus zu verurtheilen sei. [4] Bekanntlich siegte nun die erste Ansicht. Ein Statut von **1275** verfügte zunächst nur, daß man solche hartnäckigen hommes de male fame in prison fort et dure halten soll (wie in der Normandie und in Frankreich [5]); aber Britton und Fleta berichten von einem wahrhaft torturmäßigen Verfahren, das gegen den Beklagten angewandt wurde, um ihn zur Unterwerfung zu zwingen. [6] Der Zwang wurde sogar später noch verschärft. [7] Hier haben wir also sogar die Folter, und gleichwohl bleibt das englische Recht vor dem Schicksale des deutschen und des französischen Rechts bewahrt; denn auch diese Barbarei dient nur dazu, das volksthümliche Institut, das hier der germanische Rechtsgeist geschaffen,

[1] Fleta, I. 32. §. 37. Britton, c. 4. p. 23.

[2] Bracton, III. 2. c. 22. §. 6. Fleta, I. 32. §. 41. 42. Biener, S. 293. 294.

[3] II. c. 9. p. 136. Vgl. Biener, S. 294—298.

[4] Bracton, III. 2. c. 19. §. 8. c. 21. §. 11. 12. c. 28. §. 2.

[5] Somma consuet. II. 10. Beaumanoir, XXX. 90. 91.

[6] Britton, c. 4. p. 21. 23. c. 11. p. 33. c. 22. 23. Fleta, I. 32. §. 33.

[7] Reeves, II. c. 8. III. c. 16. 18. 22. IV. c. 27. Meyer, Esprit. II. p. 257—269.

in seiner Wirksamkeit zu befestigen und zu erhöhen. So ward es denn lebenskräftig genug, um späterhin die gefährlichsten Angriffe der königlichen Gewalt, ja selbst gelungene Versuche, den einseitigen Inquisitionsprozeß einzuführen, doch wieder siegreich zu überwinden.[1]

1) Die Jury.

Allein diese Lebenskraft gewann das Institut nur durch die eigenthümliche innere Entwicklung, die es durchmachte. Und hier ist nun eben der Punkt, wo erst die Jury selbst aus dem Zusammenwirken aller ihrer Elemente, wie sie bisher dargelegt worden sind, entstand.

Die Kontroverse, der wir hier sogleich wieder begegnen, — ob die Jury zuerst im bürgerlichen Prozeß entstanden,[2] oder ob umgekehrt die Civiljury der Kriminaljury nachgebildet worden sei,[3] — halten wir für untergeordneter Natur, so weit sie nicht einen Streit von viel tieferem Gehalt in sich schließt, den Streit über das Wesen des Instituts selbst, das freilich von Biener nur zum Theil erkannt ist.[4] — Die Hauptsache wurde schon oben angegeben: die Jury entsteht durch die Vermittlung des Zeugenbeweises mit dem Eidhelferbeweise, wodurch die Juratoren in die Lage versetzt werden, nicht nur der Form, sondern auch der Sache nach als gemeinschaftliches Beweismittel aufzutreten und den Angeschuldigten ebenso schuldig, wie unschuldig schwören zu können. Dieser Satz ist nun nur noch näher auszuführen.

Wir haben bis jetzt in den Juratoren der Assise, wie in den Rügemännern nur Vertreter der zeugenden oder anklagenden Gemeinde gefunden. Die Stellen aus Glanvilla, welche dem Zeugniß der Rügemänner die Kraft eines das Urtheil bestimmenden Beweises beilegen, erschienen nur als unreife Antizipation einer spätern Entwicklung, welcher daher kein weiterer Werth beigelegt werden kann. So lang Duell und Ordal sich in Anerkennung erhielten, war auch kein Bedürfniß nach etwas Mehrerem vorhanden. Wir setzen hinzu: im bürgerlichen Prozesse war überhaupt über das Gemeindezeugniß hinaus kein weiteres Bedürfniß vorhanden und, wenn sich gleichwohl auch hier eine Jury ausbildete, so war dies

[1] Statuten bei Biener S. 311 und Reeves II. p. 414—420. III. 273. IV. 146—151

[2] Biener, Beitr. S. 254.

[3] Meyer, Esprit. II. p. 171. Gundermann, S. 58. 72—80.

[4] Und gerade gegen diese richtige Erkenntniß polemisirt Michelsen, S. 161 f.

ein Ueberfluß, der sich zwar geschichtlich erklärt, aber, an den Maßstab der Idee gehalten, höchstens den Werth hatte, den Gedanken des Friedensgerichts zu ersetzen. In diesem Punkte, wie in so vielen Punkten der weiteren Gestaltung des englischen Strafverfahrens darf nie die Schattenseite des englischen Rechts vergessen werden, welche eben in seinem fast gänzlichen Mangel an bewußter Systematik liegt. Freilich giebt es Viele, die, weil sie selbst keiner Systembildung fähig sind, auch die Schattenseite des englischen Rechts bewundern, daher man sich nicht wundern darf, wenn sie für das wahre Verständniß seiner freilich weit überwiegenden Lichtseiten blind sind.

Anders verhielt es sich nun aber, wenn man zum Ersatze für Ordal und Duell das Gemeindezeugniß auch in die Reihe der strafprozessualischen Beweismittel einzuführen unternahm. Hier konnte der Grundidee des germanischen Beweisrechts gemäß ein bloßes Zeugniß als solches nicht genügen. Indessen war dem weiteren Fortschritt schon durch den weiten Begriff des germanischen Zeugnisses vorgearbeitet, wie wir ihn auch bei Glanvilla angegeben finden.[1] Eine Mischung von Evidenz und fides können wir zwar darin nicht mit Gundermann[2] schon sehen, wohl aber den Anknüpfungspunkt für eine solche Mischung. Eben ein solcher Anknüpfungspunkt lag andererseits auch in dem Rügeverfahren, indem die Organisation der Gemeindevertretung hiebei sich ursprünglich an die Eidhelferfunktion der 4 Freipflegenvorsteher und 8 Freipflegengenossen[3] (der meliores aus dem vicinetum) anschloß. Gleichwohl sind die Rügenden nicht als Eidhelfer,[4] sondern als Zeugen anzusehen.

Wenn für das Erstere angeführt wird, Rügegeschworene hätten immer nur Grundherrn oder freie Genossen von Freipflegen sein können, da nur sie ihre Hintersaßen oder Genossen beim Rügeverfahren zu vertreten oder anzuklagen gehabt hätten, was wegen der auf ihnen haftenden Bürgschaft nur Eidhelfer, nicht aber bloße Zeugen zu thun im Stande gewesen seien, — so trifft dies nicht. Denn, wenn gleich allerdings die Bürgschaftspflicht die ursprüngliche Grundlage des Rügeverfahrens war,[5] so ist doch die Form der Vertretung späterhin eine allgemeinere, und

[1] Mit Unrecht sieht Michelsen S. 163 hierin schon mehr.
[2] S. 57.
[3] Leg. Edov. Conf. c. 20. L. Henr. Pr. 92. §. 13. Maurer, S. 35. 36.
[4] So Gundermann, S. 68 ob. Maurer, S. 49. 50.
[5] Biener, S. 269. Gundermann, S. 68. n. 130.

eben damit auch ihr Inhalt ein anderer geworden. Vermuthlich sind die quatuor villatae, welche Bracton noch neben den 12 Geschworenen zur Urtheilsjury rechnet, wie die IV homines de unaquaque villa hundredi in den Assisen von 1176 ein Ueberbleibsel der ursprünglichen Form.[1] Auch ältere placita lassen neben den 12 Rügemännern das Hundredum oder andere Gemeinden konkurriren. Wie die Form später sich feststellte, wo in der Regel die ganze Jury aus Rittern zusammengesetzt war, die denn doch entschieden keine Bürgschaftsverbindlichkeit für die Genossen der Freipflegen hatten, läßt sich jener aus der Bürgschaft hergenommene Grund durchaus nicht mehr als stichhaltig denken, während 12 Ritter als Vertreter der zeugenden Gemeinde ganz wohl auftreten konnten. Aus der ganzen Beschreibung des Rügeverfahrens bei Bracton, aus der Verpflichtung der Rügemänner, aus der ihnen eingeräumten Frist, um Erkundigungen einzuziehen, geht unzweifelhaft hervor, daß man sie als Zeugen betrachtete.

Wenn nun aber diese Rügemänner als Beweisende verwendet werden sollten, so konnten sie in dieser Eigenschaft allerdings nicht mehr als bloße Zeugen angesehen werden. Geschah es dennoch im Anfang noch, so zeigt dies nur, daß das Bewußtsein über die neue Stellung der Geschworenen noch nicht gehörig aufgeklärt war. Daß es aber wirklich vorerst noch geschah, geht aus den Rechtsbüchern des 13ten Jahrhunderts unzweifelhaft hervor. Bei Bracton sind es noch dieselben Personen, welche als Rügemänner und als Beweisende funktioniren. Letztere Thätigkeit erscheint nur als eine Fortsetzung der ersteren. Selbst Fleta sagt noch nichts darüber, ob diejenigen rekusirt werden dürfen, die als Rügemänner thätig gewesen seien.[3] Die Verpflichtung geht auf veritatem dicere, und daß hiemit noch ein materielles Zeugniß (im w. S.) gemeint ist, ergiebt sich aus Britton, welcher sagt, daß die nichts Wissenden durch Andere ersetzt werden müssen.[4] Das afforciare fand also hier statt, wie bei den Rekognitionen und wie in der Normandie.[5] Wenn nun aber gleichwohl keine Wissende, oder solche nicht in gehöriger Anzahl

[1] Vgl. Reeves, II. c. 8. p. 32. Biener, S. 290. Not. 87.
[2] Bracton, III. 2. c. 22. Vgl. Reeves, II. c. 8. p. 33.
[3] Fleta, I. 32. §. 36. Vgl. Britton, c. 4.
[4] Britton, l. c. Vgl. Fleta, I. 32. §. 37.
[5] AM. Biener, S. 293. n. 97. S. aber eb. S. 264. n. 89. 90. und Somma consuet. II. 2. §. 18.

erlangt werden konnten, so zeigt die Verlegenheit der Rechtskundigen in solchem Fall deutlich, daß sie es nur mit Zeugen zu thun zu haben glaubten. So meint Bracton, daß bei factis occultis der Strenge nach überhaupt diese Beweisform gar nicht, sondern nur Duell zulässig sei; nur aus Mißtrauen gegen das letztere neigt er sich gleichwohl dazu, sich für das Zeugniß der patria, und im Fall des Nichtwissens für Lossprechung zu erklären,[1] was bei Fleta und Britton schon als unbezweifelt dasteht.[2] Ferner beweist dafür die den Justitiarien eingeräumte Befugniß, vor und sogar nach abgegebenem Wahrspruch die Juratoren über ihre Gründe getrennt und einzeln zu verhören, sowie das Beispiel einer gegen einen verurtheilenden Spruch eingeräumten Nichtigkeitsklage.[3]

Nichts desto weniger ist es ein Irrthum, wenn **Reeves**, und nach ihm **Biener** auf diese Momente allzuviel bauen. Die Verfasser der Rechtsbücher hielten sich hier, wie bei der jurata, die sich im bürgerlichen Prozesse entwickelte, an Begriffe, die ihnen sonst geläufig waren, während das Institut ihnen gleichsam unter ihren Händen entwuchs;[4] sie suchten es noch unter den hergebrachten Kategorieen zu fassen, während es schon als ein Neues und Eigenthümliches dastand, auf das jene Kategorieen nicht mehr paßten.

In der That zeigt sich aber gleich von Anfang an Mehreres, was der Sache eine andere Gestalt giebt. Schon die ersten Nachrichten sprechen von einer zweifachen jurata, einer von 12, und einer von 24, welche nur das Verdikt der erstern zu prüfen, also nicht selbst Zeugniß abzulegen hatte.[5] Wir sehen darin wieder nur die Antizipation einer späteren Entwicklung, die freilich vorerst keinen Bestand hatte, aber um so besser zeigt, daß der bildende Rechtsgeist ganz auf dem richtigen Wege war. Bei Bracton treten allerdings die Rügemänner selbst zugleich als Beweisende auf; aber ihre zweite Thätigkeit wird doch durch einen neuen Eid eingeleitet, darauf gerichtet, zu sagen, si culpabilis sit vel non.[6] Noch wichtiger ist aber, daß, wenn die Rügemänner zum Beweis über-

[1] **Bracton**, III. 2. c. 18. §. 4.

[2] **Fleta**, I. 32. §. 38. V. 16. §. 24. **Britton**, c. 4. p. 24.

[3] **Biener**, S. 293. 294. 302. 303. Vgl. **Reeves**, II. p. 270. IV. p. 501.

[4] **Bracton**, III. 2. c. 3. fühlt dies selbst, — sine praejudicio melioris sententiae.

[5] Protok. bei **Reeves**, II. c. 9. p. 136.

[6] **Bracton**, III. 2. c. 22. §. 5.

gehen sollen, vorerst der Gerügte das Rekusationsrecht ausüben, mithin die Identität zwischen beiden zum Mindesten theilweise aufheben darf.[1] Unter Eduard I. sind beide Institute formell ganz getrennt, indem die Rüge vor dem Vicecomes abgegeben, dagegen die Beweisenden erst vor dem Justitiar zusammengerufen werden;[2] daher nun auch bei Britton der Satz ausgesprochen wird, daß als Beweisender rekusirt werden dürfe, wer unter den Rügenden gewesen sei.[3]

Diese zunächst äußerliche Scheidung der Rügenden und Beweisenden läßt sich nun freilich auch bloß äußerlich auffassen und dabei der Charakter des Zeugnisses festhalten. Allein die gewöhnliche Ansicht sollte doch schon durch ihr eigenes Eingeständniß, daß das fragliche Zeugniß als Zeugniß der patria zu betrachten sei, an sich irre werden. Denn es ist wohl klar, daß bei Rekognitionen (die eben nur gemeinkundige Dinge zum Gegenstand haben) und bei Rügen wegen mala fama von einer Gemeindevertretung als solcher zugleich materielle Kenntniß von dem zu bezeugenden Gegenstande vorausgesetzt und erwartet werden kann, nicht aber, wo es sich um den Beweis begangener Verbrechen handelt.[4] Wenn hiefür gleichfalls ein Gemeindezeugniß eingeführt wird, so muß entweder das Gemeindezeugniß in Privatzeugnisse sich auflösen, da die Gemeinde als solche doch nur in den seltensten Fällen als Zeuge betrachtet, eben so wenig aber auf diejenigen, welche zufällig Zeugen des begangenen Verbrechens waren, willkührlich der Charakter von Repräsentanten der Gemeinde übergetragen werden kann, — oder aber muß den Gemeinderepräsentanten, welche Zeugniß ablegen sollen, ein anderer Charakter beigelegt werden, der ihnen ersetzt, was ihnen gegenüber von Privatzeugen abgeht.

Daß nun in England das Letztere geschehen sei, hätte die gewöhnliche Ansicht schon daraus abnehmen können, daß die Verfasser der Rechtsbücher, obgleich sie am Begriff des Zeugnisses und deshalb am Erforderniß der materiellen Wissenschaft festhalten, dennoch selbst bei factis occultis den Beweis durch Geschworene zulassen, was völlig absurd wäre, wenn man nicht anzunehmen hätte, daß sie den Geschworenen noch einen andern Charakter beilegten, den sie nur noch nicht juristisch zu bezeichnen wußten.

[1] Bracton, l. c. §. 3.
[2] Fleta, I. 32. §. 35. 40.
[3] c. 4. Vgl. 25 Edw. III. Stat. V. c 3.
[4] Hier kann die Nachbarschaft von vornherein nichts ausmachen, die nur für das Rügeverfahren von Bedeutung ist. Dies übersieht auch Maurer, S. 53. 54.

Nicht minder hätte sie die Betrachtung der Entwicklung im bürgerlichen Prozesse darauf führen sollen.

Sie verkennt nicht [1] die Wichtigkeit des in den Rechtsbüchern vorkommenden Satzes: Assisa vertitur in juratam, hält sich aber auch hier nur am Aeußerlichen, daß das Kompromiß auf eine jurata in den Fällen, wo nach dem Buchstaben des Gesetzes eine recognitio per assisam nicht stattfand, bei Exzeptionen und Inzidentpunkten eingetreten sei, daß sich schon bei Glanvilla Anklänge finden u. dgl. So stellt sie denn die Behauptung auf, die jurata sei wohl nach Analogie der assisa — als ein bequemes Auskunftsmittel — von der Praxis gebildet worden. [2] Allein dies ist um so unbegreiflicher, da sie die Unterschiede zwischen jurata und assisa selbst zugiebt. Sie erkennt an, daß die jurata nur infolge der Vereinigung der Partheien eintrete, daß es eben dieselbe Gemeindevertretung sei, die das eine Mal als assisa, das andere Mal als jurata thätig werde, daß aber der Eid in beiden Fällen verschieden sei, daß gegen den Spruch der Assise eine Convictio (attainte) durch eine jurata von XXIV eintreten könne, gegen den Spruch einer jurata dagegen nicht (wofür die Rechtsbücher einen plausibeln Grund anführen, [3] Reeves und Biener aber einen sehr trivialen). Noch mehr: sie erkennt an, daß in den Rechtsbüchern die Untersuchung, ob die Geschworenen von der Sache durch eigene Kenntniß unterrichtet seien, nicht mehr vorkomme, daß Bracton [4] z. B. auch solche Geschworene zulasse, welche das streitige Grundstück nicht selbst gesehen haben, und die dann schwören müssen, quod veritatem dicent secundum conscientiam suam, salvo visu, in modum juratae, daß überhaupt nach Bracton und Fleta die Geschworenen, wenn sie keine eigene bestimmte Kenntniß haben, secundum credulitatem et conscientiam sprechen dürfen.

Wie bei solchen Anerkenntnissen an dem Begriff des Zeugnisses, an der wesentlichen Identität der assisa und jurata festgehalten werden kann, wäre nicht zu begreifen, wenn man nicht sähe, wie leicht man es sich macht, über die wesentlichsten Punkte sich hinauszusetzen, indem man sie kurzweg für Anomalieen erklärt. [5]

[1] Biener, S. 261 f.
[2] Reeves, I. c. 6. p. 335. Biener, a. a. O. u. S. 299—302.
[3] Bracton, IV. 1. c. 18. 19. 21. IV. 5. c. 2—8.
[4] IV. 1. c. 16. §. 9. c. 19. §. 4. 5. Fleta, IV. 9. V. 16. §. 24. Britton, c. 52.
[5] Biener, S. 301 ob.

Endlich lag ein Fingerzeig für die gewöhnliche Ansicht in dem, was sie aus der Certificatio de legib. et consuetud. Walliae anno 9 Eduardi 1281 anführt.[1] In den alten wälischen Rechten findet sich nämlich nicht nur ein veredictum patriae in Civilsachen, sondern auch ein juramentum patriae, darin bestehend, daß 50 Eidhelfer vom König ernannt werden, welche für oder wider denjenigen schwören dürfen, welcher sich dadurch von einer Anklage befreien will.[2]

Trotz alldem besteht die gewöhnliche Ansicht darauf, daß die Geschworenen noch im 14ten Jahrhundert bloße Zeugen gewesen und als solche betrachtet worden seien, was bei den „bestehenden engen Verbindungen" sich leicht erklären lasse; erst allmälig hätten sich die Verhältnisse der Gesellschaft geändert und es habe sich oft getroffen, daß die Geschworenen trotz ihrer Berufung aus der Nähe doch wirklich von der Sache ganz und gar nichts gewußt hätten; nun erst habe man nach und nach angefangen, ihnen Beweismittel vorzulegen und namentlich Zeugen vor ihnen zu verhören, was erst zu Ende des 15ten Jahrhunderts geschehen sei und die Verwandlung der Zeugen in Richter herbeigeführt habe.[3]

Außer den Zugeständnissen, die sie selbst macht, spricht nun aber von vorn herein gegen diese Ansicht, daß sie schlechthin widernatürlich ist, da sie bis zum Ende des 15ten Jahrhunderts in England eine „patriarchalische Offenheit aller gesellschaftlichen Verhältnisse," und da sie (auch hievon abgesehen) die Möglichkeit eines wirklichen Gemeindezeugnisses über begangene Verbrechen voraussetzen muß. Wenn nun schon in den Rechtsbüchern des 13ten Jahrhunderts ganz unzweifelhaft mehrfach von dem Erforderniß materieller Wissenschaft Umgang genommen, wenn der Schwur secundum credulitatem et conscientiam für genügend erklärt, wenn der Juratorenbeweis bei facta occulta zugelassen wird, so muß man doch wohl entweder annehmen, daß in allen diesen Fällen — zwei Jahrhunderte lang — das englische Recht eine Verurtheilung in Kapitalsachen auf bloßes subjektives Meinen und Belieben[4] hin zugelassen habe, oder man muß voraussetzen, daß schon damals die Geschworenen, wenigstens die Geschworenen in Strafsachen auf den Grund

[1] Wotton, Leg. Walliae 1730. App. III. p. 518—531.

[2] Biener, S. 320.

[3] Reeves, II. c. 11. p. 270—272. Biener, S. 312. 313. Zeitschr. f. deutsch. R. XI. S. 58.

[4] Ueber diesen Punkt geht Maurer S. 54 zu leicht hinweg.

materieller Beweismittel hin gesprochen haben. Denn die Darstellung derselben als wirklicher Zeugen in den Rechtsbüchern kann aus dem schon angeführten Grunde nichts entscheiden; und um so weniger, da bei Bracton die Rügegeschworenen noch zugleich als Beweisende auftraten, die Rüge aber Fälle voraussetzte, in denen nur nicht alle Erforderniſſe der handhaften That vorlagen,[1] mithin für die Geschworenen, die ein Leibzeichen oder dergleichen vor sich sahen, der Ausdruck testes sehr wohl gebraucht, die materielle Wissenschaft von ihnen sehr wohl als Erforderniß ausgesagt werden konnte. Ueberhaupt aber war ja der Begriff des Zeugnisses ein so elastischer, daß man sich über die uneigentlichste Anwendung desselben nicht verwundern darf, wie denn auch die Rechtsbücher sammt und sonders die Voraussetzung einer bloß mittelbaren Wissenschaft der Geschworenen oder ihrer Mehrzahl ausdrücklich aussprechen.[2]

Aber es sei selbst zugegeben, daß man in der ersten Zeit wirklich (nach Analogie der Rekognitionen) an dem Begriff des Zeugnisses festgehalten, daher materielle Wissenschaft gefordert, und die Nichtwissenden durch Andere ersetzt habe; — so zeugen uns ja eben die Verlegenheiten und Bedenklichkeiten der Rechtsbücher dafür, daß man sich bei dieser Auffassung keineswegs zu beruhigen vermochte. Die Erklärung liegt auch nahe genug. Mit der Einführung des Juratorenbeweises trat die Frage ein, ob das Institut sich zum Privatzeugnisse als Inquisitionsmittel weiter entwickeln, oder ob es ein volksthümliches Institut, ein Ausdruck des Gemeindelebens bleiben würde. In den Rechtsbüchern finden wir noch beide Richtungen neben und gegen einander. Sie zeigen eine Krisis, die aber nicht dauern konnte. Entweder siegte die erstere Richtung, — dann war es um die Idee des Gemeindezeugnisses geschehen; oder die letztere, — dann mußte es mit dem Erforderniſſe der materiellen Wissenschaft und dem Affortiiren ein Ende nehmen.

Daß dies Letztere nun wirklich schon bei Bracton (unter Heinrich III.) ersichtlich wird, muß auch Biener einräumen.[3] Es ist aber von Starkie nachgewiesen, daß überhaupt die Jury schon sehr früh anfieng, etwas Anderes, als ihre eigene mitgebrachte Kenntniß der Sache bei dem Verdikt zu Grunde zu legen. In 23 Edu. III. werden materielle Zeugen der

[1] Die Präsumtionen bei Bracton, III. 2. c. 18. §. 3. 4. Vgl. Glanvilla, XIV. c. 3. §. 5.

[2] Bracton, III. 2. c. 22. §. 2. Fleta, I. 32. §. 37. Britton, c. 4.

[3] Beitr. S. 312. Not. 60.

Jury beigegeben, nur um ihr die Benutzung ihrer Nachweisungen zu verschaffen, und schon vor 11 Henr. IV. ist die Veränderung eingetreten, daß alle Beweismittel, welche die Jury bei ihrem Verdikt zu berücksichtigen hatte, vor den Schranken des Gerichts und unter Leitung des Richters produzirt werden mußten.[1] In diesem Punkt ist denn auch die Ausführung bei v. Daniels[2] bemerkenswerth (abgesehen davon, daß er von der ganz falschen Voraussetzung ausgeht, das Institut habe ursprünglich die Natur des Privatzeugnisses gehabt, wobei er mit dem Rekusationsrecht sichtlich in's Gedränge kommt[3]). Er nimmt zwar auch die naturwidrige Hypothese auf, daß im 13ten und 14ten Jahrhundert auf materielle Wissenschaft der Juratoren über begangene Verbrechen zu rechnen gewesen sei. Allein er setzt doch die Umwandlung der Zeugen in Richter der That zum Wenigsten schon in die Zeit, wo die Sheriffs aufhörten, in der Rechtspflege unmittelbar thätig zu sein (Eduard III.), und weist treffend die Uebelstände nach, welche das Afforttiren mit sich brachte, zugleich aber auch, daß gerade seine Anwendung dazu führte, es entbehrlich zu machen, — wobei er überdies die ganz treffende, von ihm selbst nur nicht gehörig beherzigte Bemerkung macht, daß man von Anfang an nicht auf das Wissen allein, sondern vornämlich auf die Persönlichkeiten, von denen das Verdikt gegeben werden sollte, Gewicht gelegt habe. Nur freilich bleibt auch diese Darstellung zu sehr am Aeußeren haften.

Der innerliche Hergang kann nur darin bestanden haben, daß man auf die Juratoren den Charakter der Eidhelfer übertrug. Nur dadurch erfüllte das Institut die Erforderniſſe des germanischen Beweisrechts, welchem eine subjektive Bewährung der Wahrheit, die Zusammenfassung des objektiv Ermittelten zu einer Totalanschauung und Reflexion dieser in die Tiefe des Gewissens das Unentbehrliche ist. Waren aber die Geschworenen Eidhelfer, d. h. ex conscientia Schwörende, so folgte von selbst, daß ihnen der Stoff ihrer Ueberzeugung von außen geliefert, daß also nicht nur Rüge- und Urtheilsjury geschieden, sondern auch der letzteren materielle Beweismittel vorgelegt werden mußten. Daß alle diese Konsequenzen nur nach und nach gezogen wurden, liegt in der Natur der Sache, thut aber der Richtigkeit des Prinzips keinen Eintrag, durch

[1] Spence, The equitable jurisdiction of the Court of Chancery. I. p. 128—132. Biener, Zeitschr. f. deutsch. R. XI. S. 63—65.

[2] a. a. O. §. 17.

[3] S. 82. Vgl. S. 83.

welches sie allein ihre Erklärung finden. Wie kann aber die Verwandlung der assisa in die jurata (welche keine analogische Nach-, sondern eine Umbildung ist), wie das Schwören ex conscientia, wie das Abkommen der attincta, wie die Bewahrung des Charakters der Vertretung der Gemeinde, wie das Erforderniß der Einstimmigkeit, wie die peremtorische Rekusation anders erklärt werden?

Es mag am Platze sein, zu erinnern, daß wir es hier mit keiner systematischen Gesetzgebung, sondern mit einer instinktmäßigen Bildung des Volksgeistes, welcher das nächste Bedürfniß den Anstoß giebt, zu thun haben. Das Ordal ist von der Kirche verworfen, das Duell impopulär. Es bedarf eines neuen Beweismittes in Strafsachen. Die Analogie des bürgerlichen Prozesses, zugleich das schon hergebrachte Rügeverfahren im Strafprozeß bietet das Gemeindezeugniß als solches dar, und zwar nicht als einen leeren Gedanken, sondern als eine bereits geläufige, wohlorganisirte Form. Es scheint, man brauche nur den Rügegeschwornen einen neuen Eid vorzulegen (Bracton, vgl. Glanv. VII. 16. IX. 11). Denn das Rügeverfahren ist selbst von der Eideshilfe (dem Zwölfmanneneide Leg. Edov. Conf. c. 20) ausgegangen und hat sich zugleich an die Fälle angeschlossen, in welchen eine, nur zur Handhaftigkeit nicht ausreichende, Notorietät vorliegt (Glanv. XIV. 3. §. 5.). Es hat sich dem dreifachen Voreid und juramentum frangens, sowie der Kampfklage gleichgestellt, welche gleichfalls das subjektive und objektive Element des Beweises zugleich in sich schließen. Gleichwohl kann die Einsicht nicht ausbleiben, daß jene einfache Auskunft nicht genügt. Denn alle diese Analogieen des Rügeverdikts, wie dieses selbst, haben nur als Voraussetzung des Ordals gedient; das Rügeverdikt hat aber zugleich den Charakter des Zeugnisses angenommen, welches für sich allein den Begriff des germanischen Beweises nicht erfüllt. Bei der einfachen Identität der Rüge- und Beweisgeschwornen kann es daher in keinem Fall bleiben und bleibt es schon deshalb nicht, weil der Angeschuldigte das Recht haben muß, verdächtige Beweisgeschworne zu rekusiren. Vielleicht sind diese Momente mehr gefühlt, als klar gedacht worden.

Um so handgreiflicher mußte jedoch eine andere Inkonvenienz sich darstellen, — die Gefahr, daß das Königthum mittelst seiner Beamten die neue Einrichtung zu Gunsten der Inquisitionsmaxime ausbeuten und das Gemeindezeugniß in Privatzeugniß (als bloßes Untersuchungsvehikel) auflösen werde. Dieser Gefahr konnte nur begegnet werden, wenn der

Charakter der Gemeindevertretung zur Hauptsache, mithin das Erforderniß der eigenen materiellen Wissenschaft der Zeugen zur Nebensache gemacht, d. h. die Zeugen als Eidhelfer betrachtet wurden. Die Rechtsbücher zeigen uns gerade die Krisis, sie fordern einerseits noch materielle Wissenschaft und wollen die nicht Wissenden durch Andere ersetzt haben, — andrerseits lassen sie in Civilsachen schon de credulitate et conscientia und im Strafprozeß bei factis occultis schwören, d. h. sie sehen von den Erfordernissen des Privatzeugnisses ab und halten an der Idee des Gemeindezeugnisses fest, das nur auf Eidhelferweise abgegeben wird. Freilich droht hiedurch der Beweis eine sichere Grundlange ganz zu verlieren; er paßt unter keine der alten Kategorieen völlig, es ist ein Mittleres zwischen beiden, das aber weder noch gehörig ausgebildet, und noch viel weniger schon in seiner Eigenheit begriffen ist.

Hier nun, wenn irgendwo, ist der Punkt, wo auch das englische Recht zu jenem bequemen Hilfsmittel rekurriren wird, das im Mittelalter überall eintritt, wo man sich bei den Wandlungen des Beweisrechts nicht mehr zurechtzufinden weiß. Es greift zur Folter, aber nicht, um das Geständniß, sondern um vom Beklagten die Unterwerfung unter den Wahrspruch der Geschwornen und von diesen selbst Einstimmigkeit des Verdikts zu erzwingen. So unvernünftig beides unter allen Umständen ist, so ließe es sich doch gar nicht einmal denken, wenn man in den Geschwornen wirkliche Zeugen aus eigner Wahrnehmung gesehen hätte, und nicht vielmehr solche,[1] denen man die Aufklärung über den Sachverhalt und die Verständigung über einen gemeinsamen Wahrspruch von außen her möglich machte.

In den Rechtsbüchern liegt eben noch Alles bunt durcheinander; daher die Zweideutigkeit, die Unbeholfenheit der Darstellung, die Unsicherheit im Prinzip. Um jedoch aus der Verwirrung heraus zu kommen, bedurfte es keines neuen Moments, vielmehr nur einer geordneten Auseinandersetzung der bereits vorhandenen. Angedeutet war eine solche schon durch die anfängliche, wenn auch vorübergehende, Aufstellung einer nachprüfenden Jury von XXIV, nach Analogie der jurata von XXIV, welche gegen die Rekognitoren die convictio (attainte) aussprechen durfte. Erfolgreicher war die aus andern Bedürfnissen hervorgegangene Trennung der Rüge- und Beweisjury, noch mehr aber die Ausbildung der jurata

[1] v. Daniels, S. 85. Maurer, S. 55.

im Gegensatze zur assisa im Civilprozesse, welche nach und nach die assisa ganz verdrängte. Denn jene Trennung mußte die Einsicht in die verschiedene Aufgabe der Rüge- und der Beweisgeschwornen schärfen und zu der Erkenntniß führen, daß, wenn die Aufgabe der ersteren allerdings als Gemeindezeugniß (Bekundung der in der Gemeinde notorischen mala fama) betrachtet werden könne und müsse, dasselbe mit der Aufgabe der letzteren nicht der Fall sei, da die Gemeinde über die Schuld an einem bestimmten Verbrechen eben nur im Fall der handhaften That, der hier nicht in Betracht kam, ein wirkliches Zeugniß geben könne, die Forderung der wirklichen Zeugeneigenschaft bei den Geschwornen aber unfehlbar zur Vernichtung ihrer Eigenschaft als Vertreter der Gemeinde führen müßte.

Der schlagende Beweis dafür, daß man wirklich die Forderung der wirklichen Zeugeneigenschaft nachließ, um die Idee der Gemeindevertretung zu retten, liegt aber offenbar darin, daß man hiezu sogar im bürgerlichen Prozesse fortschritt, wo beides nicht in dem Grade unvereinbar war, wie im Strafverfahren. Die Rechtsbücher zeigen den Zustand, wo man noch unentschieden war, das Unvereinbare noch vereinigen zu können meinte. Aber es ist wider die Natur, diesen Zustand als dauernd anzunehmen. Man muß also den Zeitpunkt, wo den Geschwornen (wenn auch erst nur sehr unvollkommen) Beweismittel vorgelegt wurden, jedenfalls viel früher setzen, als nach der gewöhnlichen Ansicht. Daß man damit zögerte, erklärt sich sehr natürlich aus der Elastizität des germanischen Zeugnißbegriffs und aus der Gestattung an die Geschwornen, sich mit Andern zu berathen und von ihnen die ihnen selbst abgehende materielle Kenntniß zu entlehnen, in welcher Beziehung die Analogie des dänischen Rechts von Bedeutung ist.[1] So weit man aber auch immer den Begriff des Zeugnisses spannen mochte, so mußte man endlich doch einsehen, daß man eben hiemit die Grenze dieses Begriffs gegen den der Eideshilfe geradezu aufhebe;[2] und, wenn man nun nicht den ganzen Beweis lediglich auf credulitas bauen wollte, so mußte man sich dazu entschließen, die uneigentlichen Zeugen wirklich als das zu behandeln, was sie waren, —

[1] v. Daniels, S. 84. 85. Maurer, S. 55. Vgl. Wilda, S. 255. 258. Michelsen, S. 75. 76.

[2] Bracton, IV. 1. c. 19. §. 5. Fleta, IV. c. 9. §. 7. Somma Consuet. II. 2. §. 16. Grand Coutum. de Norm. ch. 68. (Richebourg, IV. 29.)

als bloße Eidhelfer, denen man nun aber natürlich materielle Beweismittel vorlegen mußte.[1]

Daß aber das Uebergreifen zum Eidhelferbegriff sehr nahe lag, dafür zeugt die ganze obige Ausführung, wenn wir uns auch nicht noch speziell auf die Consuetud. Walliae berufen wollen,[2] in welchen der Kern der Sache (ernannte Eidhelfer, die für oder wider den Beklagten schwören dürfen) so deutlich als möglich bloß gelegt ist. Jenes Uebergreifen war wiederum nichts Neues, sondern nur ein Rückgreifen zu der ursprünglichen Grundlage der Rügejury.

Nicht, als könnte von einer unmittelbaren Uebertragung der alten Herren- und Freibürgschaft auf die Beweisjury die Rede sein;[3] diese konnte an sich nur die Rüge motiviren, und überdies war dieses Motiv allmälig in der allgemeineren Form der Vertretung verwischt worden. Allein, wenn es darauf ankam, für die Beweisjury den Charakter der Gemeindevertretung zu retten, so konnte man nur eben zu demjenigen Gedanken rekurriren, welcher zuerst eine solche Vertretung in's Leben gerufen hatte, — und dies war das Auftreten der Freipflegenvorsteher und Genossen, oder auch wohl der sämmtlichen Freipflegenvorsteher des Hunderts als Eidhelfer.

Wenn man nun die Beweisgeschwornen zugleich als Eidhelfer ansah, so war der germanischen Grundforderung entsprochen, und es war eben nur noch nöthig, die Zeugen- und Eidhelferfunktion, welche sich nach der Darstellung der Rechtsbücher noch in ihnen vereinigt findet, begriffsgemäß zu sondern, indem man ihnen die materiellen Beweismittel vorlegte und sie über den Gesammteindruck das Urtheil ihres Gewissens abgeben ließ. Sie waren dann eben Eidhelfer und Zeugen zugleich (im Sinne von Gerichtszeugen) und doch keines von beiden. Sie waren Eidhelfer, weil sie bloß de conscientia schwuren; sie waren Zeugen, weil das, was vor ihnen bezeugt ward, nur eben soweit wahrer Beweisgrund wurde, als es auf ihr Gewissen wirkte. Eben durch diese Voraussetzung materieller Wissenschaft für ihren Schwur waren sie aber nicht mehr reine Eidhelfer, und ebensowenig waren sie mehr bloße Zeugen, selbst in dem weiten Sinn des germanischen Rechts. Sie waren also keines von beiden, und doch beides, — sie waren ein Neues, ein Eigenthümliches, sie

[1] S. auch Rintel, S. 73 in der Note und S. 78.
[2] Biener, S. 320.
[3] Auch Maurer macht dies nur für die Rügejury geltend. S. 49.

waren eine Jury, zugleich Vermittler der objektiven Wahrheit und subjektive Gewährleister derselben im Namen der Gemeinde, zugleich Beweisende und wahre Richter der That.

Nicht nur aber die Anknüpfung an die ursprüngliche Grundlage der Rügejury erklärt uns die Uebertragung der Eidhelferidee auf die Geschwornen. Es bieten sich noch andere Beziehungen im Beweisrechte selbst dar. Zwar scheint es uns unzulässig, wenn Maurer[1] sich hier kurzweg auf Leg. Guil. Conqu. 50 (Schmid) und Leg. Henr. Pr. 66 §. 9 dafür beruft, daß auf die Rüge stets ein Reinigungsverfahren mit Eidhelfern gefolgt sei, das dann, in eine festere Form gebracht, seit dem 12ten Jahrhundert eben die Urtheilsjury darstelle. So einfach ist die Sache nicht. Auch ist gezeigt worden, daß die Rüge, seit sie als Gemeindezeugniß organisirt wurde, gerade die Reinigung durch Eid ausschloß (wie Duell und dreifacher Voreid), und vielmehr zum Ordal nöthigte.

Allerdings mußte aber beim Abkommen des Ordals der Blick sich wieder auf diejenige Form rückwärts richten, welche nach dem Ordal die stärkste für die Reinigung war. Diese war das juramentum triplex und nominatum. Nun lag in der That nichts näher, als die Beweisgeschworenen als juratores nominati anzusehen, um so mehr, da der Beklagte die ihm Verdächtigen rekusiren durfte, wodurch sie nominati et electi wurden.[2] Ihr Schwur konnte aber auch zugleich einem verstärkten Reinigungseide gleich gelten, weil sie eben nicht bloß als Vertreter des Beklagten, sondern daneben als Vertreter der patria dastanden.[3] In letzterer Eigenschaft (als Vertreter der zeugenden Gemeinde) waren sie ein gemeinschaftliches Beweismittel,[4] wie sie es auch als ernannte Eidhelfer waren; aber sie waren es in weit stärkerem Grade, weil sie als Zeugen sowohl gegen, als für den Beklagten schwören durften; (die Patria ist der campio des Beklagten, aber auch der campio regis). Auch die Rechtsbücher haben dieses wesentliche Moment wohl erkannt, obwohl sie es, der vollen Idee der Jury noch nicht Meister, nur aus der Uebereinstimmung der Parthieen, daher aus der schiedsrichterlichen Eigenschaft der Beweisgeschworenen abzuleiten wissen.[5]

[1] Freipflege. S. 50. 51.

[2] Was Gundermann S. 73 sagen will, ist uns nicht klar geworden.

[3] Etwas unklar deutet dies Gundermann S. 73. n. 143. an. Vgl. S. 22—24. n. 46.

[4] Biener, S. 303, der eben nur theilweise die Sache erkennt.

[5] Bracton, IV. 1. c. 21. 23. §. 5. c. 34. Fleta, IV. 15. 16. Britton, c. 51.

Daraus, daß die Beweisgeschworenen zugleich als nominati et electi erscheinen, erklärt sich einfach die Gestattung der peremtorischen Rekusation, welche diejenigen,[1] die in den Geschworenen Zeugen sehen, nur gezwungen aus der freiwilligen Unterwerfung unter die Jury zu erklären wissen,[2] während doch diese nur Anfangs gefordert wurde und später sogar der Tortur Platz machte. Nicht minder erklärt sich daraus ganz einfach die Forderung der Einstimmigkeit, welche aus der Auffassung des Verdikts als Zeugnisses abzuleiten,[3] zum Mindesten sehr willkührlich ist. Zwar ließ die Praxis eine Zeitlang auch bloße Stimmenmehrheit gelten[4] (zwischen Edward I. und III.). Daß dazu das kanonische Recht und der Grundsatz der Stimmenmehrheit bei den Rechtweisern (nicht bloß in den Lehenskurien, wie Gundermann sagt) verführen mochte,[5] ist wahrscheinlicher, als was derselbe von einem bei dem Institut der nominati et electi vorkommenden Prinzip der Majorität anführt.[6] Unter Eduard III. wurde jedoch der Mißbrauch abgeschafft. Besonders aber erklärt sich noch aus der fraglichen Auffassung der kanonische Satz des englischen Rechts, daß Geständniß den Jurybeweis ausschließt, was freilich nach Biener[7] vielmehr ein Ueberrest des dem Anklageprozesse eigenen Formalismus, der Objektivität des Beweises sein soll. (!?)

Ob übrigens die hier geltend gemachte Auffassung der Beweisgeschworenen unmittelbar in der lex sacramentalis judicialis der Leg. Henr. Pr. 9. gesucht werden dürfe, mag als zweifelhaft dahin gestellt bleiben.[8] Wichtiger erscheint uns die Sache selbst, und namentlich die Klarheit, womit sich in dem Gegensatze der jurata zur assisa und dem Satz: assisa super assisam, sed non jurata super juratam, desgleichen der Form der Eidesleistung bei der jurata (Bracton, IV. 1. c. 19. §. 3.) der Grundcharakter der Eideshilfe ausspricht.[9]

[1] Vgl. die willkührliche Erklärung bei v. Daniels S. 63 und Maurer S. 56 ob., welcher sie nicht nöthig hat.

[2] Biener, Abh. 1. S. 33.

[3] Wie Biener, Beitr. S. 304. v. Daniels, S. 86. 87.

[4] Reeves, II. c. 11. III. c. 16.

[5] Leg. Henr. Pr. 5. 31. Vgl. Somma 19. §. 7.

[6] S. 73. 80. Sehr gut ist, was hier in Not. 155 gesagt wird.

[7] Abh. 2. S. 123.

[8] Vgl. Leg. Henr. Pr. 18. 45. 49. Gundermann, S. 75. Michelsen, S. 173. 174.

[9] Gundermann, S. 79.

Durch das Bisherige ist nun wohl der oft vorgebrachte Satz:[1] daß die Jury nicht aus dem Eidhelferinstitute erklärt werden könne, gänzlich widerlegt, zugleich aber gezeigt, daß allerdings die Ableitung aus den Klag- oder Reinigungseidhelfern, wie sie früher von Maurer[2] und von Rogge[3] versucht wurde, nicht genügen konnte. Wenn dagegen angeführt wird, daß der Reinigungseid sich ja noch neben der Jury erhalten habe, und daß in Strafsachen schon vor Einführung der Jury der Reinigungseid abgekommen sei,[4] so hält beides nicht Stich, abgesehen von der rohen Aeußerlichkeit der Auffassung, die es voraussetzt. Denn das Letztere ist theils nicht richtig,[5] theils, so weit es richtig ist, anders zu erklären, wie im Vorigen gezeigt ist. Was aber Ersteres betrifft, so ist nur im bürgerlichen Prozesse, und zwar nur in sehr wenigen Fällen, der Eid mit Eidhelfern stehen geblieben, dagegen seit der Entstehung der Jury aus dem Strafverfahren gänzlich verschwunden, was daher umgekehrt von Philipps[6] und Maurer[7] mit Recht als schlagender Beweis für das Aufgehen des Eidhelferbeweises in den Jurybeweis angeführt worden ist. Wenn aber v. Daniels gegen Maurer's frühere Ansicht einwirft, daß bei Anklagen gegen Freie Klageidhelfer gar nicht vorgekommen seien, so ist dies geradezu falsch, die aus der Zahl hergenommene Einwendung dagegen sehr oberflächlich. Worin wir übrigens auch mit Maurer und Gundermann nicht übereinstimmen können, erhellt aus der vorstehenden Ausführung Zwar ist der Grundgedanke des Letzteren durchaus richtig: daß der Ausbildung der Jury das Streben zu Grund liege, diejenige Stärke der Ueberzeugung hervorzubringen, welche bei handhafter That vorhanden ist. Allein die Ausführung können wir nicht für richtig halten, da sie, abgesehen von vielen Willkührlichkeiten im Einzelnen, von vorn herein das wirkliche Verhältniß zwischen handhafter That und Beweis gänzlich verschiebt, das Ordal als Appellation auffaßt, Rügeverfahren und Beweisverfahren durch einander wirft und

[1] Biener, Beitr. S. 305. v. Daniels, S. 6. 7. Michelsen, S. 14. 15.

[2] Gesch. d. Gerichtsverf. S. 108—110.

[3] Gerichtswesen der Germ. S. 240 f.

[4] S. übrigens auch Biener, Abh. 2. S. 118. 122, wo er die Sache tiefer nimmt.

[5] S. die vielen Stellen der leg. Henr. Pr. über die Eidesreinigung und L. Guil. Conq. 50.

[6] Engl. R.G. II. S. 284.

[7] Freipflege S. 51. 52.

durch nicht genügende Beachtung der Eigenthümlichkeit des angelsächsischen Rechts in B. I. §. 11. zu der schiefen Ansicht kommt, daß die Entwicklung des deutschen Rechts bis zur Rezeption des römischen mit der des englischen wesentlich gleich sei.

Wenn wir nun bisher die Jury als Beweismittel dargestellt haben, so haben wir damit auch die Entwicklung von Michelsen als relativ richtig anerkannt, obgleich wir seine Polemik gegen die Auffassung der Geschworenen als Zeugen und als Eidhelfer für verfehlt halten und uns wundern mußten, daß ihm die so nahe liegende Wahrheit entgehen konnte. Die Aehnlichkeit der nordischen und englischen Institute hat ihn dazu verleitet, ihre sehr wesentlichen Unterschiede zu übersehen, Unterschiede, die groß genug sind, wenn man auch die politische Entwicklung ganz unberücksichtigt läßt. Abgesehen von der ditmarsischen Nemede, die er willkührlich als Jury bezeichnet, und abgesehen von der vielfachen Verkennung der Eigenartigkeit der anglo-normännischen Entwicklung, führen schon die von ihm selbst beigebrachten Data zu der Ueberzeugung, daß selbst die Institute der skandinavischen Rechte keineswegs identisch sind, vielmehr das isländische und norwegische Recht zum schwedischen und dänischen im Gegensatze stehen. Daß übrigens selbst das am weitesten vorgeschrittene dänische in seiner Entwicklung hinter dem englischen zurückgeblieben sei, führt er selbst richtig aus, wenn gleich ihm der tiefere Grund der Differenz,[1] — daß es der dänischen Jury niemals gelang, ihre Elemente, den Zeugen- und den Eidhelferbeweis, vollständig organisch in sich aufzunehmen, — entgangen ist.[2] Der Grundfehler seiner ganzen Darstellung beruht jedoch auf der einseitigen Auffassung der Jury als eines Beweismittels, während doch in den nordischen Rechten, wie im englischen, nichts anschaulicher hervortritt, als daß die Urtheilsgeschworenen wahre Richter der That sind.[3] Der oft wiederholte Gegengrund, daß Verdikt und Urtheil stets genau unterschieden werden, trifft im mindesten

[1] Das dänische Institut blieb eben, weil es seine Elemente nicht zu bemeistern wußte, theilweise in diesen stecken, während es anderntheils über seinen wahren Begriff hinaus sich in den eigentlicher Schöffen verirrte und dadurch unfähig wurde, später dem wissenschaftlichgebildeten Beamtenthum Widerstand zu leisten.

[2] S. 24. 27—30. 41. 83. 165. Dasselbe ist bei Rintel der Fall. S. 57—64.

[3] Vgl. Wiener, Abh. 2. S. 127. v. Daniels, S. 83. Maurer, S. 51 f. und besonders Gundermann. S. auch Rey, Inst. jud. II. 38. v. Steman, S. 194 f.

nicht, da allerdings die Geschworenen und die Urtheiler über die Rechtsfrage nie identisch gewesen sind.[1] Wie übrigens Michelsen S. 16—21 die Sache darstellt, läuft seine Polemik fast nur auf einen Wortstreit hinaus. In der That hieße es aber die innerste Eigenthümlichkeit des germanischen Rechts verkennen, wenn den Geschworenen die Eigenschaft von Richtern der Thatfrage im Ernst bestritten werden wollte, da doch erst durch die Jury und nur durch sie das germanische Gericht zur vollen Erfüllung seines Begriffs gelangt (s. o.).

Eben deshalb ist es aber völlig verfehlt, in den Geschworenen Schöffen[2] zu sehen, zu denen sie ja gerade im entschiedensten Gegensatze stehen, abgesehen von andern (Neben-) Gründen, die sich dagegen anführen lassen.[3] Auch die Ansicht von Philipps[4] aber, die Grimm[5] adoptirt hat, — daß die Jury als Verschmelzung des Eidhelfer- und Schöffeninstituts zu erklären sei, ist aus demselben Grunde nicht zu halten, abgesehen von der Thatsache, daß das englische Recht Schöffen niemals kannte, und der von Philipps angenommene Einfluß des kanonischen Rechts eine leere Behauptung ist.[6] Uebrigens ist leicht zu bemerken, daß Philipps der richtigen Erkenntniß sehr nahe stand.

Wilda ist, wie Michelsen, der Verführung durch die skandinavischen Analogieen zugänglich; gleichwohl hat er, wie schon oben im Einzelnen angeführt wurde, sich dem Richtigen weit mehr genähert. Zu verwundern ist, daß ihm die schon bei Entstehung der englischen Jury unverkennbare Mitwirkung des politischen Moments hat entgehen können, da er sie für die Ausbildung des Instituts als wesentlichen Faktor anerkennt und in diesem Punkt über den Unterschied des englischen und der skandinavischen Rechte treffende Bemerkungen macht.

[1] Gundermann, S. 75. Unnöthige Zweifel erhebt Biener, Abh. 2. S. 126.

[2] Wie Leue das deutsche Schöffengericht. Vgl. auch Biener, Beitr. S. 265. 312. Möhl, Geschw.Ger. S. 19 f.

[3] S. v. Daniels, S. 5. 6.

[4] Engl. R.G. II. S. 183—300.

[5] Rechtsalterth. S. 785. 956.

[6] Vgl. v. Daniels, S. 7. 8. Gundermann, S. 56. 84. Maurer, S. 52.

m) Schluß.

Von den weiteren Schicksalen der Jury in England ist nichts mehr zu berichten, was ihre Idee modifizirt hätte. Die Entstehung der großen Jury[1] im 14ten Jahrhundert ist nur eine weitere Ausbildung der längst herkömmlichen Rügejury, die nach Analogie der Beweis- oder Urtheilsjury vor sich gieng. Wie nämlich die Beweisgeschworenen aus Zeugen in Richter der That verwandelt wurden, und hiemit der Grund für den Gebrauch, sie aus der Nachbarschaft zu berufen, wegfiel, so findet sich die analoge Entwicklung auch bei der Rügejury, wenn sie auch nicht Schritt für Schritt verfolgt werden kann.

Wenn Biener der grand jurée (grand inquest) als spezifische Thätigkeit das Urtheil über die gegen die Beweisjurys erhobenen altaintes zuweist, so vermögen wir dies nicht zuzugeben, auch nicht mit dem von ihm anerkannten Satze[2] zu vereinigen, daß gegen eine jurata keine attainte stattgefunden habe. Die von ihm angeführte Stelle 42 Ass. 5 (unter Eduard III. 1368) zeigt als ihr Geschäft die Rüge. Desgleichen erscheint im 16ten Jahrhundert wieder eine Jury von 24 Rittern aus der Grafschaft zum Dienst bei den Assisen einberufen und ein Rechtsfall in Cokes Reports P. XII. p. 98. ergiebt, daß sie als Rügejury thätig war. Wenn sich nun gleich nicht bestimmt nachweisen läßt, wie der Gebrauch des Rügens aus eigener Wissenschaft abkam, und dagegen diese Jury anfieng, die Beweismittel des Klägers vor sich produziren zu lassen und seine Klage zum indictment zu erheben, — so ist doch gewiß, daß in den Jahren 1553, 1554 Friedensrichter und Koroner verpflichtet wurden, die Ergebnisse ihrer Untersuchungen zu protokolliren, Angeschuldigte und Zeugen zum Erscheinen vor Gericht zu verpflichten und dies Alles an die nächsten Assisen zu verweisen, und es ist mehr als wahrscheinlich, daß es eben das Geschäft der großen Jury war, über die friedensrichterlichen Vorlagen ein indicment zu geben. Es ist aber überhaupt kaum anders anzunehmen, als daß der neuere Gebrauch eben mit der Berufung der Rügejury aus dem ganzen Komitat aufkam,[3] und daß das Motiv dasselbe war, wie bei der Urtheilsjury, d. h. das Streben, den Charakter

[1] Biener, Abh. 2. S. 131. 132.

[2] Abh. 2. S. 127 unten. Beitr. S. 263. 301.

[3] Blackstone, IV. c. 23. Reeves, III. c. 16. p. 133. IV. c. 31. p. 500. Biener, Beitr. S. 308. 310. Abh. 1. S. 29. 30.

der Gemeindevertretung vor der Gefahr der Zersplitterung in Privatzeugniß zu bewahren. Indem nun nach und nach die Kampfklage ganz abkam und alle Klagen der Prüfung der großen Jury unterworfen wurden, um von ihr in indictment verwandelt zu werden, so erhellt, wie gut es der freien Gemeinde gelang, sich in der Rechtspflege überall als einen wesentlichen Faktor zu behaupten.[1]

Auch Biener[2] verkennt nicht, daß „die neue Form sogar alte Autorität für sich habe," aber richtiger ist es offenbar, hier und anderswo (namentlich bei dem Gebrauch, der Beweisjury materielle Beweismittel vorzulegen) nicht von neuen Formen, Umgestaltungen, Reformen u. dgl. zu reden, sondern in diesen vermeintlichen Umbildungen nur die konsequente Ausbildung der schon unter Heinrich III. mit prägnanter Individualität in's Leben getretenen Einrichtung zu sehen.

Treffend ist dagegen die Bemerkung von Biener,[3] daß durch das Abkommen des Rügens aus eigener Wissenschaft eine Lücke entstanden sei, als deren Ausfüllung sich eben die verschiedenen Versuche der Einführung des reinen Inquisitionsprozesses darstellen. Bekanntlich sind diese Versuche nicht gelungen, und es mangelt dem englischen Prozesse noch heute an dem Institut, das begriffsgemäß in jene Lücke hätte treten sollen, — dem öffentlichen Ankläger, da das Untersuchungsprinzip höchst ungenügend darin vertreten ist.[4] Man sieht hieraus, daß der seit dem 11ten Jahrhundert vorhandene Antagonismus[5] zwischen dem Königthum und dem freien Volksrecht sich trotz der Anstrengungen des ersteren zum Vortheil des letzteren entschieden hat,[6] was zwar für das englische Strafverfahren ein Mißstand, aber für das germanische Prozeßrecht im Ganzen vom höchsten Werthe ist, weil ohne dies die Idee der Nothwendigkeit der Betheiligung der freien Volksgemeinde an der Rechtspflege wohl schwerlich am Leben erhalten geblieben wäre. So falsch es demnach ist, die Jury unmittelbar aus dem altgermanischen Volksgericht oder gar aus dem Schöffengericht abzuleiten, so gewiß ist es doch, daß die dem letzteren

[1] Blackstone, l. c. Plac. abbr. p. 17. 43. 71. 287. Reeves, III. c. 22.

[2] Beitr. S. 310.

[3] Beitr. S. 311. 312.

[4] L. Brougham in Fölix Revue. Fevr. 1845. p. 89.

[5] v. Steman, S. 2—4.

[6] Vgl. Gundermann, S. 80 ob. AM. Rintel, S. 116. 117.

zu Grunde liegende Idee der Nothwendigkeit der Betheiligung des Volks an der Rechtspflege eben nur in der Jury die Form ihres der fortgeschrittenen germanischen Staatsentwicklung angemessenen Fortlebens gefunden und sich dadurch als ein köstliches Erbgut auch für die übrigen germanischen Völker erhalten hat.

Daß die Jury jedenfalls in ihrer späteren Entwicklung mit der Entwicklung der freien Verfassung in England in der engsten Verbindung stehe, konnte freilich auch denen nicht entgehen, welche die unnatürliche Vorstellung zu hegen vermögen, daß ihre Entstehung mit dem Prozesse der staatlichen Entwicklung nichts zu thun habe.[1] Mit Recht sagt Gundermann, Jury und Parlament seien gewissermaßen nur Eine constitutio, wie denn zu der Zeit der großen Eduarde, wo der Bau der englischen Staatsverfassung festgegründet dastehe, auch die Jury es sei, und beide von der curia regis ihren Ausgang nehmen.[2] Auch der andere Ausdruck ist treffend, wenn er bemerkt: „die Jury ist eine Institution, die im Feudalstaat groß geworden ist, sie hat aber das Feudalsystem in sich überwunden, die Knospe durchbrochen und sich zur Blüthe durchgebildet, welche, wie ihre Schwester, die englische Konstitution, den vernünftigen, d. h. freien, sich bewußt werdenden Staat bedeutet."

Unsere Aufgabe kann es indessen nicht sein, dieses weiter auszuführen, da die Materialien allbekannt sind,[3] und unsere Auffassung des inneren Hergangs im Vergleich mit der Entwicklung in Frankreich und Deutschland eine weitläufigere Begründung erfordern würden, die wir für einen andern Ort aufsparen müssen. Das politische Moment in der ferneren Geschichte der Jury ist ja ohnedies diejenige Seite ihres Wesens, welche sich der häufigsten Besprechung von Berufenen und Unberufenen zu erfreuen gehabt hat,[4] während das schwierigere Gebiet der Erörterung ihrer Entstehung und ihres Verhältnisses zum ganzen germanischen Prozeßsystem von Biener's bahnbrechender Arbeit an bis zu den neuesten Ausführungen darüber immer nur die Sache weniger Eingeweihten gewesen ist.

Unsere Entwicklung hatte den Zweck, die Frage über die Genesis

[1] Wilda S. 259 und Biener in der Zeitschr. f. deutsch. R. XI. S. 59. 60.

[2] S. 81. Vgl. Dahlmann, Zeitschr. f. deutsch. R. X. S. 186. Ders. Politik. S. 56. 57.

[3] S. z. B. v. Steman, Stephan-Mühri, Crabb-Schäffner rc.

[4] Vgl. statt vieler Welcker, Staatslex. IX. S. 42 f.

der Jury möglichst zum Abschluß zu bringen, indem wir das englische Recht in Vergleichung mit dem französischen und deutschen, d. h. im Lichte der germanischen Rechtsgeschichte unserer Betrachtung unterzogen und eben dadurch von selbst auf die Einsicht geführt wurden, daß schon die Entstehung der Jury im engsten Zusammenhang mit der Entwicklung des freien germanischen Staats stehe und eben darin der Grund liege, warum sie in Frankreich erst im 18ten, in Deutschland erst im 19ten Jahrhundert ihren Einzug halten konnte. Zugleich wird aber durch die vorstehende Entwicklung der Beweis geliefert sein, daß die Jury den vollgiltigsten Anspruch auf den Namen eines ächtgermanischen, aus dem innersten Kern des germanischen Prozeß- und Beweisrechts entsprungenen Instituts hat, und daher das vielfache Bestreben unsrer seitherigen gelehrten Jurisprudenz, die Jury als ein englisches und französisches Spezifikum von den deutschen Grenzmarken abzuwehren, in seiner ganzen Blöße, d. h. in seinem gänzlichen Mangel an philosophischer Einsicht und geschichtlicher Kenntniß dasteht.

Durch die Jury hat das germanische Grundprinzip, daß der Beweis in Strafsachen seine letzte und entscheidende Gewähr in dem durch die Gesammtanschauung der objektiv reproduzirten That vermittelten Ausspruch des Gewissens liege, seinen organischen Ausdruck erhalten. Durch sie ist das Recht des freien Selbstbewußtseins zur Anerkennung gebracht, keiner Schuld überwiesen werden zu dürfen, als durch das eigene Geständniß oder die auf Grundlage des objektiv ermittelten Thatbestands ausgesprochene Gewissensüberzeugung der Vertreter des Volks.[1] Durch sie ist die dem germanischen Recht eigenthümliche Forderung, daß die Beweisfrage die Schuld als wesentliches Moment mit umfassen müsse (sie nicht als Rechtsfrage einer logischen Operation zuweisen dürfe) zur Erfüllung gebracht. Alles dies liegt auf's Klarste in der Entstehung des Jurybeweises aus der Verschmelzung von Zeugniß und Eideshilfe, wobei die Schwörenden zugleich als Vertreter der patria auftreten. Indem aber die Beweisgeschworenen durch ihre Entbindung von dem Erforderniß eigener materieller Wissenschaft, infolge wovon ihnen objektive Beweismittel vorgelegt werden mußten, zu Gerichtszeugen der objektiv reproduzirten That, zu Richtern der That wurden, so erfüllte die Jury gerade jenes Bedürfniß, welches das deutsche Landrecht seit dem 12ten Jahr-

[1] Vgl. Hegel, Rechtsphilos. §. 225—228.

hundert vergebens vollständig zu befriedigen rang, — das Bedürfniß, dem Beweise in Strafsachen die Ueberzeugungskraft des Gerichtszeugnisses (der handhaften That) und des Geständnisses in allen Fällen zu verschaffen. Zugleich wurde eben dadurch das germanische Gericht, das in Beweisfällen bloß rechtweisend gewesen war, zu seinem vollen Begriff als Gericht über That- und Rechtsfrage zugleich, den es ursprünglich nur im Fall der handhaften That erfüllte, allseitig erhoben.

So erhielten sich im englischen Rechte die Grundgedanken des germanischen Beweisrechts, welche in Deutschland durch das Herrschendwerden des Privatzeugnisses und die dadurch vermittelte Hingebung an das römisch-kanonische Recht verloren giengen oder doch nur in einem kümmerlichen, verzerrten Reste übrig blieben. Und zwar leuchtet ein, daß das englische Recht eben um diese von ihm bewahrte germanische Errungenschaft (die Eidhelfereigenschaft der Geschwornen, die organische Arbeitstheilung beim Gerichte, und die wesentliche Betheiligung des Volks an der Rechtspflege) reicher ist, als das auf den Standpunkt des antiken Rechts zurückgefallene deutsche Recht, daß mithin die Annahme der Jury für das letztere eine Lebensfrage der Civilisation überhaupt, wie der volksthümlichen Entwicklung bildet.

Indessen haben wir bereits darauf hingedeutet, daß die Idee der Jury und das Bewußtsein von der Wesentlichkeit der Theilnahme des Volks an der Rechtspflege im englischen Rechte sich bis zu einer Einseitigkeit ausgebildet hat, durch welche andere wesentlichen Momente um ihr gutes Recht gekommen sind. Am auffallendsten stellt sich dieser Ueberschuß in der Existenz der Jury im bürgerlichen Prozesse dar. Was aber hier vielleicht nicht als Mangel empfunden wird, das macht sich um so empfindlicher als solcher in der unziemlichen Verkürzung des dem modernen Staate unentbehrlichen Untersuchungsprinzips im Strafprozesse geltend. Zwar hoffen wir nun, wie sich in der Ausbildung des gesammten germanischen Prozeßrechts die verschiedenen germanischen Volksgeister gegenseitig ergänzt haben, vollständiger erst in einer ausführlichen Geschichte des germanischen Strafverfahrens zeigen zu können. Doch wird schon hier bemerklich gemacht werden dürfen, wie für das, was dem englischen Rechte fehlt, und zwar für die Idee der absoluten Nothwendigkeit des Untersuchungsprinzips das deutsche und französische Recht, sodann für die Entwicklung des wesentlichen Instituts der Staatsanwaltschaft insbesondere das französische, für die Ausbildung des dem Ausspruch der

Jury vorauszusetzenden Systems negativer Beweisregeln (law of evidence) das deutsche Recht insbesondere zum Träger gedient hat.

Zugleich hoffen wir durch die vorstehende Darstellung den Beweis geliefert zu haben, daß über den in der Entwicklung des deutschen Strafprozeßrechts gegenwärtig eingetretenen Wendepunkt und die für deutsche Wissenschaft und Gesetzgebung vorliegende Aufgabe ein wahres Verständniß nicht möglich ist ohne gründliche Kenntniß des geschichtlichen Bildungsprozesses des gesammten germanischen Strafverfahrens, und daß daher die deutsche Literatur endlich aufhören sollte, — wie es in den letzten Jahrzehnten vielfach geschehen ist, — sich durch Erzeugnisse zu prostituiren, denen die ersten Bedingungen dazu abgehen. Unsere Darstellung, die — gleich jeder andern in so dornenvollem Gebiete — dem Loose der Mangelhaftigkeit nicht entgangen sein wird, hat sich bemüht, den schwierigsten Theil der Aufgabe zu überwinden und eine Grundlage sicher zu stellen, auf welcher sofort mit leichterer Mühe weiter gebaut werden kann. Ihr praktischer Gehalt wird daher gerade denen nicht entgehen, welchen allein man die praktische Durchführung der uns gegenwärtig vorliegenden Aufgabe in die Hand gelegt zu sehen wünschen muß.

Wir schließen mit den treffenden Worten von Stein:[1] „Sieht man zurück, wie manche Jahrhunderte die alten Rechte gebraucht haben, um zu der Vollendung zu kommen, die wir vorfinden, so darf man wohl hinzufügen, daß man durch einzelne selbst große Mängel des gegenwärtigen Zustandes sich nicht abschrecken lassen muß, an eine letzte und wirkliche Vollendung des Prinzips der neuen Zeit zu glauben; denn zwar geht die Geschichte des Rechts kaum in einem Menschenleben einen Schritt vorwärts; aber die Jahrtausende, die hinter uns liegen, sind der ewige Beweis, daß sie nur vorwärts schreitet."

[1] Franz. R.G. S. 679.







